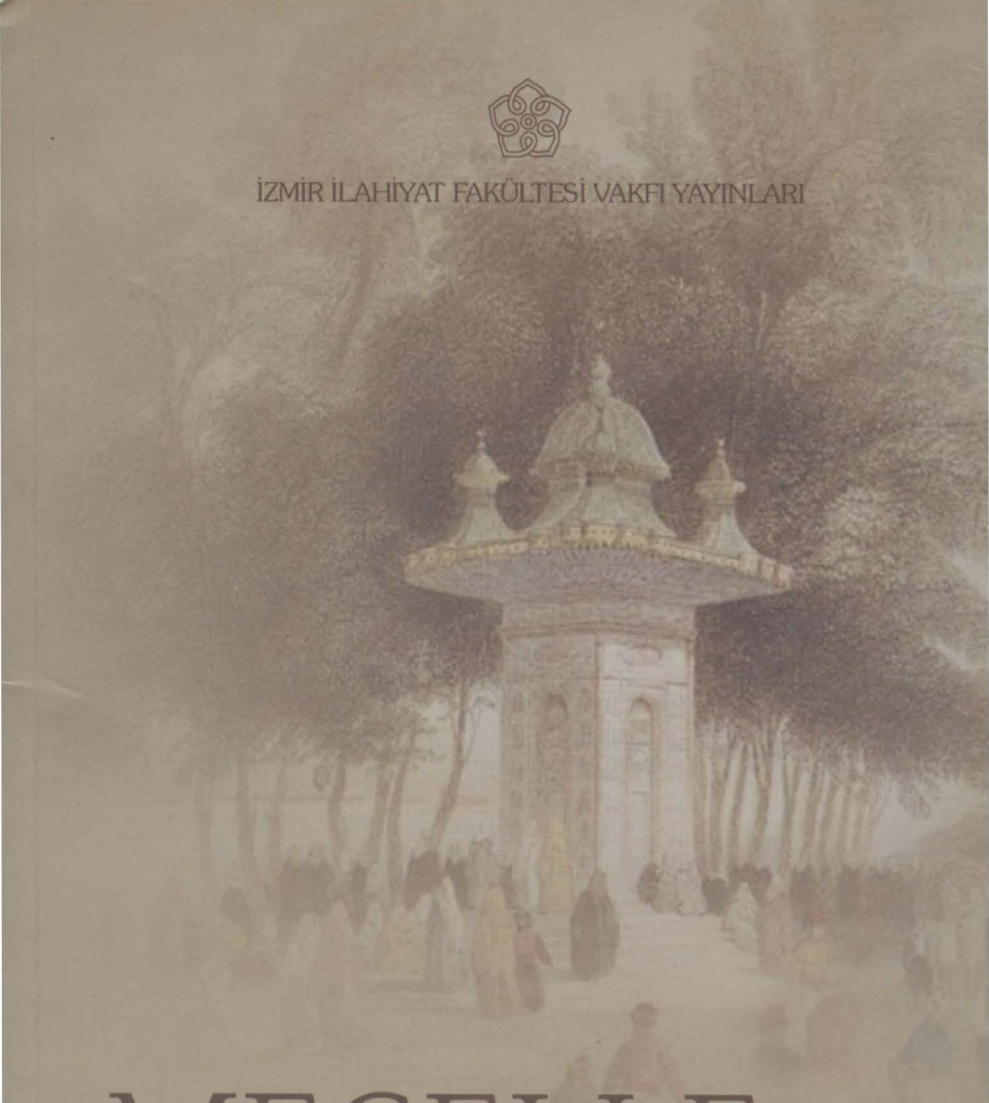
İZMİR İLAHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI



MECELLE'nin

Küllî Kâideleri

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM

2. BASKI

MECELLE'NİN KÜLLÎ KÂİDELERİ

Doç. Dr. Mustafa YILDIRIM

İZMİR İLÂHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI – 17

ISBN: 975-96783-7-1

Baskı – Cilt
Tibyan Yayıncılık
Basım Yayım Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
1145/1 Sok. No: 64/A–1 Yenişehir – İzmir
Tel: 0232 459 77 78
tibyanyayincilik@gmail.com
Kültür Bakanlığı Sertifika No: 0307–35–008363

Baskı Tarihi: Eylül 2009

İsteme Adresi
İL-VAK YAYINCILIK ORGANİZASYON
ÖZEL EĞİTİM. HAY. Ve TİC. LTD. ŞTİ.
izmirilvak@hotmail.com

İnönü Caddesi 108/2 Sokak No: 17-17/B HATAY-İZMİR
Tel: 0232 285 53 42 / 224 53 31 Faks: 285 53 42

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER 3
KISALTMALAR 9
SUNUŞ 11

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİ

I- KONUNUN MAHİYETİ 15
A- KONU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR 15
1- *Mecelle* 15
2- *Küllî Kâide* 15
3- *Dâbıta* 16
4- *Eşbâh ve'n-Nezâir* 17
B- KÜLLÎ KÂİDELER İLE USÛL-İ FIKIH KÂİDELERİ ARASINDAKİ FARKLAR 17
C- KÜLLÎ KÂİDELERİN ORTAYA ÇIKIŞI 19
D- KÜLLÎ KÂİDELERİN ÖNEMİ VE DELİL OLMA VASFI .. 20
E- MECELLE'NİN KÜLLÎ KÂİDELERİ 23
II- BAZI KAVÂİD KİTAPLARI VE MECELLE ŞERHLERİ . 25
A- BAZI KAVÂİD KİTAPLARI 25
B- BAZI MECELLE ŞERHLERİ 27

İKİNCİ BÖLÜM
KÜLLÎ KÂİDELER

2- BİR İŞTEN MAKSAT NE İSE HÜKÜM ONA GÖREDİR. 31
3- UKÛDDA İTİBAR MEKÂSID VE MEÂNİYEDİR, ELFÂZ VE MEBÂNİYE DEĞİLDİR 34
4- ŞEKK İLE YAKÎN ZÂİL OLMAZ 37
5- BİR ŞEYİN BULUNDUĞU HAL ÜZERE KALMASI ASILDIR 39
6- KADÎM KIDEMİ ÜZERE TERK OLUNUR 41

7- ZARAR KADÎM OLMAZ 43
8- BERÂET-İ ZİMMET ASILDIR 44
9- SIFÂT-I ÂRIZADA ASL OLAN ADEMDİR 46
10- BİR ZAMANDA SÂBİT OLAN ŞEYİN HİLÂFINA DELİL OLMADIKÇA BEKÂSIYLE HÜKMOLUNUR 48
11- BİR EMR-İ HÂDİSİN AKREB-İ EVKÂTINA İZÂFESİ ASILDIR 50
12- KELÂMDA ASL OLAN MÂNAYI HAKİKATTİR 52
13- TASRİH MUKÂBİLİNDE DELÂLETE İTİBAR YOKTUR.. 55
14- MEVRİD-İ NASSDA İÇTİHADA MESAĞ YOKTUR 58
15- ALÂ HİLÂFİ'L-KIYAS SÂBİT OLAN ŞEY SÂİRE MAKÎSUN ALEYH OLAMAZ 62
16- İÇTİHAD İLE İÇTİHAD NAKZ OLUNMAZ 65
17- MEŞAKKAT TEYSİRİ CELB EDER 68
18- BİR İŞ ZÎK OLDUKDA MÜTTESİ' OLUR 71
19- ZARAR VE MUKABELE Bİ'ZZARAR YOKTUR 73
20- ZARAR İZÂLE OLUNUR 76
21- ZARURETLER MEMNU' OLAN ŞEYLERİ MUBAH KILAR 78
22- ZARURETLER KENDİ MİKTARLARINCA TAKDİR OLUNUR 80
23- BİR ÖZÜR İÇİN CAİZ OLAN ŞEY OL ÖZRÜN ZEVALİYLE BÂTIL OLUR 82
24- MÂNİ' ZÂİL OLDUKTA MEMNU' AVDET EDER 84
25- BİR ZARAR KENDİ MİSLİYLE İZÂLE OLUNAMAZ ... 86
26- ZARAR-I ÂMMI DEF' İÇİN ZARAR-I HÂS İHTİYAR OLUNUR 88
27- ZARAR-I EŞEDD ZARAR-I EHAFF İLE İZALE OLUNUR 90
28- İKİ FESAT TEARUZ ETTİKDE EHAFFI İRTİKAB İLE A'ZAMIN ÇARESİNE BAKILIR 92
29- EHVEN-İ ŞERREYN İHTİYAR OLUNUR 93

30- DEF'İ MEFÂSİD CELB-İ MENÂFİ'DEN EVLÂDIR 94
31- ZARAR Bİ KADRİ'L-İMKAN DEF' OLUNUR 96
32- HÂCET UMÛMÎ OLSUN HUSÛSİ OLSUN ZARÛRET MENZİLESİNE TENZİL OLUNUR 98
33- IZTIRAR GAYRIN HAKKINI İPTAL ETMEZ 100
34- ALMASI MEMNU' OLAN ŞEYİN VERMESİ DAHİ MEMNU'DUR 102
35- İŞLENMESİ MEMNU' OLAN ŞEYİN İSTENMESİ DAHİ MEMNU' OLUR 104
36- ÂDET MUHAKKEMDİR 105
37- NÂSIN İSTİ'MALİ BİR HÜCCETTİR Kİ ANINLA AMEL VÂCİB OLUR 108
38- ÂDETEN MÜMTENİ' OLAN ŞEY HAKİKATEN MÜMTENİ' GİBİDİR 110
39- EZMANIN TEĞAYYÜRÜ İLE AHKÂMIN TAĞAYYÜRÜ İNKÂR EDİLEMEZ 112
40- ÂDETİN DELÂLETİYLE MÂNAY-I HAKİKÎ TERK OLUNUR 115
41- ÂDET ANCAK MUTTARİD YAHUT GÂLİP OLDUKDA MUTEBER OLUR 116
42- İTİBAR GÂLİB-İ ŞÂYİADIR NÂDİRE DEĞİLDİR 117
43- ÖRFEN MA'RUF OLAN ŞEY ŞART KILINMIŞ GİBİDİR 119
44- BEYNE'T-TÜCCÂR MA'RUF OLAN ŞEY BEYİNLERİNDE MEŞRUT GİBİDİR 120
45- ÖRF İLE TA'YİN NASS İLE TA'YİN GİBİDİR 121
46- MÂNİ' İLE MUKTAZÎ TEÂRUZ ETTİKDE MÂNİ' TAKDİM OLUNUR 122
47- VÜCUTTA BİR ŞEYE TÂBİ OLAN HÜKÜMDE DAHİ ONA TÂBİ OLUR 124
48- TÂBİ OLAN ŞEYE AYRICA HÜKÜM VERİLMEZ 126
49- BİR ŞEYE MÂLİK OLAN KİMSE OL ŞEYİN ZARÛRİYATINDAN OLAN ŞEYE DAHİ MÂLİK OLUR 128

50- ASIL SÂKIT OLDUKTA FER' DAHİ SÂKIT OLUR 129
51- SÂKIT OLAN ŞEY AVDET ETMEZ 130
52- BİR ŞEY BÂTIL OLDUKDA ANIN ZIMNINDAKİ ŞEY DAHİ BÂTIL OLUR 132
53- ASLIN İFÂSI KÂBİL OLMADIĞI HALDE BEDELİ İFÂ OLUNUR 134
54- BİZZAT TECVİZ OLUNMAYAN ŞEY BİTTEB' TECVİZ OLUNABİLİR 136
55- İBTİDAEN TECVİZ OLUNAMAYAN ŞEY BAKÂEN TECVİZ OLUNABİLİR 137
56- BAKÂ İBTİDÂDAN ESHELDİR 139
57- TEBERRU' ANCAK KABZ İLE TAMAM OLUR 140
58- RAİYYE YANİ TEB'A ÜZERİNDE TASARRUF MASLAHATA MENÛTTUR 142
59- VELÂYET-İ HÂSSA VELÂYET-İ ÂMMEDEN AKVÂDIR ... 144
60- KELÂMIN İ'MÂLİ İHMALİNDEN EVLÂDIR 146
61- MÂNAY-I HAKİKÎ MÜTEAZZİR OLDUKDA MECAZA GİDİLİR 147
62- BİR KELÂMIN İ'MÂLİ MÜMKÜN OLMAZ İSE İHMAL OLUNUR 148
63- MÜTECEZZİ OLMAYAN BİR ŞEYİN BAZISINI ZİKRETMEK KÜLLÜNÜ ZİKR GİBİDİR 149
64- MUTLAK ITLAKI ÜZERE CÂRİ OLUR. EĞER NASSAN YAHUT DELÂLETEN TAKYİD BULUNMAZ İSE 150
65- HÂZIRDAKİ VASIF LAĞV VE GÂİBDEKİ VASIF MUTEBERDİR 152
66- SUAL CEVAPTA İÂDE OLUNMUŞ ADDOLUNUR 154
67- SÂKİT'E BİR SÖZ İSNAD OLUNMAZ. LÂKİN MA'RAZ-I HÂCETTE SÜKÛT BEYANDIR 155
68- BİR ŞEYİN UMÛR-U BÂTINADA DELİLİ OL ŞEYİN MAKAMINA KÂİM OLUR 157
69- MÜKÂTEBE MUHÂTABA GİBİDİR 158

70- DİLSİZİN İŞARETİ MA'HÛDESİ LİSAN İLE BEYAN GİBİDİR 159
71- TERCÜMANIN KAVLİ HER HUSUSTA KABUL OLUNUR 160
72- HATASI ZÂHİR OLAN ZANNA İTİBAR YOKTUR 161
73- SENEDE MÜSTENİD OLAN İHTİMAL İLE HÜCCET YOKTUR 162
74- TEVEHHÜME İ'TİBAR YOKTUR 163
75- BÜRHAN İLE SÂBİT OLAN ŞEY IYANEN SÂBİT GİBİDİR 164
76- BEYYİNE MÜDDA'Î İÇİN VE YEMİN MÜNKİR ÜZERİNEDİR 165
77- BEYYİNE HILÂF-I ZÂHİRİ İSPAT İÇİN VE YE-MİN ASLI İBKÂ İÇİNDİR 167
78- BEYYİNE HÜCCET-İ MÜTEADDİYE VE İKRAR HÜCCET-İ KÂSIRADIR 168
79- KİŞİ İKRARI İLE MUÂHAZE OLUNUR 170
80- TENÂKUZ İLE HÜCCET KALMAZ LÂKİN MÜTANÂKIZIN ALEYHİNE OLAN HÜKME HALEL GELMEZ 172
81- ASIL SÂBİT OLMADIĞI HALDE FER'İN SÂBİT OLDUĞU VARDIR 174
82- ŞARTIN SÜBÛTU İNDİNDE ONA MUALLAK OLAN ŞEYİN SÜBÛTU LÂZIM OLUR 175
83- Bİ KADRİ'L-İMKÂN ŞARTA MÜRÂAT OLUNMAK LÂZIM GELİR 177
84- VA'DLER SUVER-İ TA'LİKI İKTİSÂ İLE LÂZIM OLUR 179
85- BİR ŞEYİN NEF'İ ZAMÂNI MUKÂBELESİNDEDİR... 180
86- ÜCRET İLE ZAMÂN MÜCTEMİ' OLMAZ 181
87- MAZARRAT MENFAAT MUKÂBELESİNDEDİR 183
88- KÜLFET NİMETE NİMET KÜLFETE GÖREDİR 184

89- BİR FİİLİN HÜKMÜ FÂİLİNE MUZAF KILINIR VE MÜCBİR OLMADIKÇA ÂMİRİNE MUZAF KILINMAZ.. 185
90- MÜBÂŞİR YANİ BİZZAT FÂİL İLE MÜTESEBBİP MÜCTEMİ' OLDUKTA HÜKM OL FÂİLE MUZAF KILINIR .. 187
91- CEVAZ-I ŞER'Î ZAMÂNA MÜNÂFÎDİR 189
92- MÜBÂŞİR MÜTEAMMİD OLMASA DA ZÂMİN OLUR . 190
93- MÜTESEBBİB MÜTEAMMİD OLMADIKÇA ZÂMİN OLMAZ 192
94- HAYVANLARIN KENDİLİĞİNDEN OLARAK CİNAYET VE MAZARRATI HEDERDİR 193
95- GAYRIN MÜLKÜNDE TASARRUFLA EMRET-MEK BÂTILDIR 194
96-BİR KİMSENİN MÜLKÜNDE ANIN İZNİ OLMAKSIZIN ÂHAR BİR KİMSENİN TASARRUF ETMESİ CÂİZ DEĞİLDİR 195
97- BİLÂ SEBEB-İ MEŞRU BİRİNİN MÂLİNİ BİR KİMSENİN AHZ EYLEMESİ CÂİZ OLMAZ 197
98- BİR ŞEYDE SEBEB-İ TEMELLÜKÜN TEBEDDÜLÜ OL ŞEYİN TEBEDDÜLÜ MAKAMINA KÂİMDİR 199
99- KİM Kİ BİR ŞEYİ VAKTİNDEN EVVEL İSTİ'CAL EYLER İSE MAHRUMİYETLE MUÂTEB OLUR 200
100- HER KİM Kİ KENDİ TARAFINDAN TAMAM OLAN ŞEYİ NAKZ ETMEYE SA'Y EDERSE SA'Yİ MERDUTTUR 201
SON SÖZ.....203
KİTAPTA GEÇEN BAZI TÂBİR VE TERİMLER 204
BİBLİYOGRAFYA..... 215

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser
BK.	: Borçlar Kanunu
E.	: Esas
bkz .	: bakınız
HUMK	: Hukuk Muhakemeleri Usûl Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
m.	: madde
MK.	: Medeni Kanun
no.	: numara
s.	: sayfa
sy.	: sayı
T.	: Tarih
trc.	: tercüme
ty.	: tarih yok
vb.	: ve benzeri
vd .	: ve devamı
yy.	: yer yok

SUNUŞ

Küllî kâidelerin, hukuk mantığının gelişmesine katkıları inkâr edilemez. Sayısız olayların hükümlerini öğrenmek yerine, bunları içine alan ve genel hüküm ifade eden küllî kâideleri bilmek, İslâm hukukunun anlaşılmasında ve olaylar hakkında hızlı hüküm vermede büyük kolaylıklar sağlar.

Temelde Kur'an ve Sünnete dayanan İslâm hukukunun küllî kâideleri, asırların süzgecinden geçerek Mecelle'de zirveye ulaşan bir ifade güzelliği kazanmıştır. Her biri vecize niteliğinde olan bu kâidelerin iyi kavranması, ilâhiyatçılar ve İslâm hukuku ile ilgilenenler ve için büyük önem arz etmektedir.

Mecelle'deki küllî kâideleri açıklayan Arapça ve Osmanlıca kitaplar yazılmış ve bu eserlerde genellikle aynı örnekler verilmiştir. Biz, çalışmamızda bunlardan yararlanmakla birlikte, küllî kâideler ve bunların modern hukukla mukayesesiyle ilgili yapılan çalışmalardan da yararlanarak güncel örnekler vermeye gayret ettik.

Küllî kâidelerin kaynaklarında, asıl kaynakları görüp bunları tekrar karşılaştırarak, Dr. Osman ÖZTÜRK'ün, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle* adlı eserini esas aldık. Kaynaklarda farklılık arz etmesine rağmen, kâidelerin Arapça asıllarını vermenin yararlı olacağını düşündük. Bu hususta, daha veciz bulduğumuz ve kâidenin Mecelle'deki Türkçe aslı ile daha iyi örtüştüğünü düşündüğümüz ifadeleri tercih ettik.

Çalışmamız, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, küllî kâideler hakkında genel bilgiler verilmiş ve bu konuda yazılan eserlerin bazıları yalnızca isim olarak zikredilmiştir. İkinci bö-

Çalışmamız, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, küllî kâideler hakkında genel bilgiler verilmiş ve bu konuda yazılan eserlerin bazıları yalnızca isim olarak zikredilmiştir. İkinci bölümde ise, Mecelle'deki 99 küllî kâidenin açıklanmasına çalışılmıştır. Ayrıca son kısımda, kitapta geçen bazı tâbir ve terimlerin açıklamaları verilmiştir.

Bu mütevazı çalışma, İlâhiyat Fakültesi'ndeki bazı öğrenci kardeşlerimizle özel olarak yaptığımız İslâm hukuku derslerindeki açıklamaların, kaynaklara dayalı olarak derlenmesi ile gerçekleştirilmiştir. Bu bakımdan, ilgilerini esirgemeyen öğrenci kardeşlerime müteşekkirim. Ayrıca hukuk ve hayat adına kendisinden çok şey öğrendiğim, değerli hocam Prof. Dr. Abdülkadir ŞENER Bey'e teşekkürü zevkli bir borç bilirim.

Mustafa YILDIRIM

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİ

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİ

I- KONUNUN MAHİYETİ

A- KONU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

1- *Mecelle* (المجلّة)

Sözlükte, "hikmetli sözlerin yazılı olduğu sayfa", kimi zaman da "kitap" anlamında kullanılan *"mecelle"* sözcüğü, Osmanlılar zamanında hazırlanmış olan ilk medenî kanunun adıdır. Asıl adı *"Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye"* olan bu kanun, 1869-1876 yılları arasında Ahmed Cevdet Paşa başkanlığındaki bir heyet tarafından bölüm bölüm hazırlanarak kabul edilmiş, 1926 yılına kadar toplam 57 yıl yürürlükte kalmıştır. Bir mukaddime ve 16 bölümden oluşan *Mecelle*, 1851 maddeyi içerir. Mukaddime kısmındaki birinci madde fıkhın tanımıyla ilgili olup, peşinden gelen 99 madde bu çalışmamızın konusunu teşkil eden küllî kâidelerle ilgilidir.[1]

2- *Küllî Kâide* (القاعدة الكلية)

"Kâide" kelimesi sözlükte; "asıl", "temel" ve "kanun" anlamındadır. Çoğulu *"kavâid"*dir. Bir hukuk terimi olarak; "cüz'î konuların çoğunun hükmünü içine alan kurallardır."[2] Diğer bir ifadeyle küllî kâide; konusunu ilgilendiren olaylarda genel şer'î hü-

---

1 Geniş bilgi için bkz. Öztürk, Osman, ***Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle,*** İstanbul 1973.

2 Curcânî, Ali b. Muhammed, ***et-Ta'rîfât,*** Mısır 1938, s. 114; Subkî, Tacuddin Abdulvehhâb, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** Beyrut 1991, I, 11; Hamevî, ***Ğamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu Kitâbi'l-Eşbâh, ven-Nezâir,*** Beyrut 1985, I, 51; Tahânevî, Muhammed b. Ali, ***Keşşafu Istılâhati'l-Fünûn,*** İstanbul 1984, II, 1176; Ayrıca farklı tanımlar için bkz. el-Hısnî, Takıyyuddin Ebû Bekr Muhammed b. Abdulmü'min, ***Kitâbu'l-Kavâid,*** Riyad 1997, I, 21-24; Baktır, Mustafa, ***İslâm Hukukunda Küllî Kâideler,*** Erzurum 1988 (basılmamış çalışma), s. 7-10.

kümleri içine alan, düstur niteliğindeki özlü ifadelerden oluşan genel hukuk prensipleridir.[3]

Tanımlardan anlaşılacağı üzere küllî kâidelerin, ilgili oldukları konuların bütün detaylarına uygulanabilir olması şart değildir. Bu kâidelerin genel birer ilke olup, hükümlerinin söz konusu detaylara çoğunlukla uygulanabilir olması yeterlidir. Her kâidenin hükmünden istisna edilecek hususların bulunması tabiîdir.

3- *Dâbıta* (الضّابطة)

Dâbıta sözcüğü, fıkıh kâidesi terimi ile yakın ilişkisi bulunan bir ifadedir. Terim olarak kâide ile aynı anlamı ifade etmekle beraber, daha dar kapsamlıdır.

Dâbıta; sadece bir bölümle ilgili detaylara dair hüküm ifade eden dar kapsamlı prensiptir. Oysa kâide, o alanın bütün bölümlerinde geçerli olabilecek, dolayısıyla dâbıtayı da içine alabilecek geniş kapsamlı genel prensiptir.[4]

Buna göre dâbıta terimi, mahiyeti bakımından kâide ile aynı anlamda olup, kapsamı yönünden farklıdır. Meselâ, "Muktedînin namazı imamın namazına bağlıdır"[5] hükmü sadece namaz konusunda geçerli bir dâbıtadır. Fakat "Vücudda bir şeye tâbi olan hükümde de ona tâbî olur" veya "Tâbî olan şeye ayrıca hüküm verilmez" küllî kâideleri; ibâdet, cinayet, akitler gibi İslâm hukukunun bütün alanlarına tatbik edilebilen prensipler, yani kâidelerdir.[6]

---

3 Zerkâ, Mustafa Ahmed, ***el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm,*** Dımaşk 1964, II, 947.

4 Subkî, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** I, 11; Hamavî, ***Ğamzu Uyûni'l-Besâir,*** I, 31; el-Hısnî, Takıyyuddîn Ebû Bekr Muhammed b. Abdilmü'min, ***Kitâbu'l-Kavâid,*** Riyad 1997, I, 24.

5 Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer, ***Te'sîsu'n-Nazar,*** Mısır 1320, s. 51.

6 Yaman, Ahmet, ***"Fıkıh Kâideleri ya da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri",*** Ahmed Ziya Efendi, İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliyye Şerhi) trc. A. Osman Koçkuzu, Konya 1996, s. 15.

4- *Eşbâh ve'n-Nezâir* (الأشباه والنظائر)

Eşbah sözcüğü, *şebeh* veya *şebîh* kelimelerinin çoğulu olup "eş" ve "benzer" anlamındadır.[7] *Nazira*'nın çoğulu olan *nezâir* ise, "şekilde, ahlâkta fiil ve sözde birbirine benzemek" anlamını ifade eder.[8]

Her iki kavramın terim anlamı ise; "görünüşte birbirine benzeyen ancak, fakihlerin dikkatli bir bakışla anlayabileceği derecede ince ve gizli sebeplerden dolayı hükümleri farklı olan meselelerdir."[9]

Eşbah terimi tarihte ilk kez Hz. Ömer'in Ebû Musa'l-Eş'arî'ye yazdığı mektupta ifade edilmiştir: (اعرف الامثال والاشباه ثمّ قس الامور عند ذلك)

"Birbirine benzeyen meseleleri iyi öğren de sana gelen diğer meseleleri bunlara kıyasla!"[10]

İslâm hukukunun genel kâideleri ile ilgili eser veren müelliflerin bir kısmı bu ismi kullanmayı tercih etmişlerdir.

B- KÜLLÎ KÂİDELER İLE USÛL-İ FIKIH KÂİDELERİ ARASINDAKİ FARKLAR

Küllî kâideler ile usûl-i fıkıh kurallarının özellikle üslûp açısından birbirlerine benzemeleri, kimi zaman mahiyeti bakımından da aynı olduklarına dair yanlış bir kanaate sebep olabilmektedir. Oysa bu iki kavram, birbirlerinden farklıdırlar:

1- Usûl kâideleri kelâm ilmi ve Arapça'nın temel kuralların-dan yararlanılarak ortaya konmuştur. Küllî kâideler ise, şer'î delillerden veya birbirine benzeyen hükümler ve fer'î meselelerden yararlanılarak elde edilmiştir.

---

7 İbn Manzûr, Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem, ***Lisânu'l-Arap,*** Beyrut 1968, XIII, 305.

8 İbn Manzûr, ***a.g.e.,*** V, 219.

9 Hamavî, ***Ğamzu Uyûni'l-Besâir,*** I, 38.

10 Suyutî, Celaluddin Abdurrahman b. Ebî Bekr, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** Beyrut 1983, s. 6-7.

2- Usûl kâideleri şer'î delillerle ilgilidir. Küllî kâideler ise doğrudan mükelleflerin fiilleriyle ilgilidir. Meselâ, "Emir vücub ifade eder" ifadesi bir usûl kâidesidir ve bu kâide, İslâm hukukunda emir olarak nitelenen bütün delillerle ilgilidir. Oysa, "Şek ile yakîn zâil olmaz" şeklindeki küllî kâide, bir hususta kesin bilgi veya kanaat sahibi olduktan sonra o konuda şüpheye düşen mükellefin bütün fiilleriyle ilgilidir.

3- Usûl kâidelerinden yalnızca hüküm çıkarabilme gücüne sahip müçtehitler yararlanır. Küllî kâidelerden ise, fakihlerin yanı sıra öğrenme merakı olan herkes yararlanabilir. Zira pek çok detayların hükmünü kapsayan genel bir kâideye başvurmak, tek tek her detayın hükmünü araştırmaktan daha kolaydır.

4- Usûl kâidelerinde hüküm çıkarabilmek için küllî kâideleri bilmeye gerek yoktur. Ancak, küllî kâidelerden hüküm çıkarabilmek için usûl kurallarını bilme gereği vardır.[11] Yani küllî kâideler doğrudan hüküm çıkarabilmek için yeterli değildir. Bunlarla, sadece benzer olayların hükümleri, küllî kâidenin hükmüne kıyas edilerek elde edilir. Usûl kâideleri, fakihin uyması lazım gelen metodu açıklar ki, bu onun, hüküm çıkarırken hataya düşmemesi için sarılması gereken bir kanundur. Küllî kâideler ise, birkaç hükmü birleştiren bir kıyas veya fıkhî bir kâidede toplanabilen benzer hükümler koleksiyonudur. Çeşitli fıkıh mecmuaları meydana gelince, fürû'u ve dağınık meseleleri genel ve birleştirici kâideler altında toplamak mümkün olmuştur ki, bu kâidelere, *fıkhî nazariyeler* de denilebilir.[12]

5- Usûl kâideleri konuyla ilgili bütün detaylara şâmildir. Küllî kâidelerde ise istisnalar daima mevcuttur.

---

11 el-Hısnî, ***Kitâbu'l-Kavâid,*** I, 25-26.

12 Ebû Zehra, Muhammed, İslâm Hukuku Metodolojisi, trc. Abdukadir Şener, Ankara 1990, s. 22-23; Ayrıca bkz. Yakub b. Abdulvehhâb Elbâhuseyn, ***el-Kavâidu'l-Fıkhıyye,*** Riyad 1998, s. 135-1142; Medkûr, Muhammed Sellâm, ***"Takdim",*** Zencânî Şihabuddîn Mahmud, ***Tahrîcu'l-Füru' ale'l-Usûl,*** Dımaşk 1962, s. 35.

C- KÜLLÎ KÂİDELERİN ORTAYA ÇIKIŞI

Küllî kâidelerin kaynağı Kur'an-ı Kerîm, hadisler ve fakihlerin içtihadıdır.

Kur'an-ı Kerîm'de pek çok hüküm genel prensip olarak zikredilmiştir. *"Kimse kimsenin günahını çekmez."*[13] *"Ahdi yerine getirin."*[14] *"Ey iman edenler, akitlere vefa gösterin"*,[15] *"Allah size kolaylık ister, zorluk istemez"*[16] anlamında küllî kâide vasfını taşıyan ve ilgili konuyla alâkalı genel hükümlerin konmasına kaynak teşkil eden pek çok âyetten örnek vermek mümkündür.[17]

Hz. Peygamber'in sözleri cevâmiu'l-kelim vasfını hâizdi.[18] Cevamiu'l-kelim; az lafız ile çok mânayı ihtiva eden edebî vecizelerdir.[19] İşte bu nitelikteki hadisler de, bazen doğrudan lafız, bazen de mâna olarak pek çok küllî kâideye kaynaklık etmiştir. Sözgelimi; "Zarar ve mukabele bizzarar yoktur",[20] "Beyyine müdda'î için ve yemin münkir üzerinedir",[21] "Bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir"[22] ve "Hayvanların kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir"[23] şeklindeki küllî kâideler, aynı anlamdaki hadislerin aynen tercümesidir. "Bikaderilimkân şarta murâat olunmak lâzım gelir" kâidesi de, "Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar"[24] hadisine dayanmaktadır.

---

13 İsrâ 17/15.
14 İsrâ 17/34.
15 Mâide 5/7.
16 Bakara 2/185.
17 Geniş bilgi için bkz. Güleç, Hasan, ***İslâm Hukukunun Kur'an'daki Genel Prensipleri,*** İzmir 1996.
18 Buhârî, ***Cihad*** 122, ***Tabir*** 11, ***İtisam*** 1; Muslim, ***Eşribe*** 72.
19 Miras, Kamil, ***Sahih-i Buhârî Muhtasarı ve Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi,*** Ankara 1984,VIII, 359.
20 (m. 19); İmam Mâlik, Muvatta', ***Mükâteb*** 13.
21 (m. 76); Buhârî, ***Rehin*** 6; Tirmizî, ***Ahkâm*** 12; İbn Mâce, ***Ahkâm*** 7.
22 (m. 85); Ebû Davud, ***Buyu'*** 73; Tirmizî, ***Buyu'*** 35; İbn Mâce, ***Ticârât*** 43.
23 (m. 94), Buhârî, ***Diyât*** 29.
24 (m. 83); Ebû Dâvud, ***Akdıye*** 12; Tirmizî, ***Ahkâm*** 17.

İslâm hukuk ekolleri teşekkül ettikten sonra İslâm hukukçuları, ilk zamanlar fetva şeklinde tespit edilen hususları yeniden ele almışlar ve kaynakları titizlikle araştırarak birbirine benzeyen meseleleri çıktıkları asla irca etmek suretiyle bir kâide altında toplamışlardır. Sonuçta bu kâideler ve açıklamalarından oluşan kavâid kitapları telif edilmiştir.

D- KÜLLÎ KÂİDELERİN ÖNEMİ VE DELİL OLMA VASFI

Hayatın her alanı ile ilgili olan hukukun bütün detaylarını tek tek öğrenmek neredeyse imkânsızdır. Üstelik sayısız teferruatı öğrenmeye kalkmak zihni karıştırır ve hukuk nosyonunu zedeler. Oysa pek çok fer'î konuyu kapsayan genel nitelikleri, kuralları öğrenmekle kişi meseleleri daha rahat kavrayarak çözümleme imkânı bulur.

Küllî kâideler hukuk melekesini geliştirir ve intikal yeteneği kazandırır. Bu şekilde kişinin yeni çıkan problemlere çözüm bulması kolaylaşır.

Musa Carullah'ın ifadesine göre, küllî kâideler fıkıh ilminin ruhudur. Bunları ezberleyip kavrayan kişi fıkhî hükümleri tamamıyla ihata eder. İslâm hukukunun felsefesine gereği şekilde vakıf olur. Önemli bir ilmî mertebe olan içtihad yapabilme seviyesine ulaşabilmek için büyük mesafe kat eder. Mahkemelerde hükmederken veya fetva verirken basiretli olur.[25]

Hukukî prensipler, hâkimin işini kolaylaştırır, verdiği hükümlere güveni artırır ve onları hatadan korur. Bir hadise hakkında verilecek hüküm bir prensibe dayanmazsa, taraflar arasındaki çekişmenin sonu gelmez. Herkes kendi şahsî çıkarına uygun gördüğü noktada ısrar eder. Şayet önceden bir prensip tespit edilirse, bu tartışmaya gerek kalmaz. Prensipsiz kanunlar, birbirine zıt hükümlerle içinden çıkılmaz hale gelir.[26]

---

25 Musa Carullah, ***Kavâid-i Fıkhıyye,*** Kazan ty. s. 5.

26 Belgesay, Mustafa Reşid, ***Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk,*** İstanbul 1963, s. 25.

Konuyu modern hukuk açısından ele alan avukat Cengiz İlhan, küllî kâidelerin önemi ile ilgili dikkate değer şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

"...Uzun meslek yıllarımda fark etmediğim, belki de önem vermeyip burun kıvırdığım bu, İsmet Sungurbey'in değerlendirmesiyle "yazılı mantık niteliğinde olan en genel, en soyut" Mecelle'nin küllî kâidelerinden, sorunların çözümünde çok yararlandım. Olayları, ne kadar karmaşık olursa olsun, hukukun bu soyut, genel ve değişmez ilkelerinde ifadesini bulan mantığı ile çözümlemenin mantığını kavramıştım. Böylece, olaylara bütünsel bakabiliyor, çözümü gerektiren sorunu anlayabiliyor, bir başka deyişle sorunu tanımlayabiliyor, çözüyordum.

Hukuk mantığı ya da hukuksal düşünüş ile yasa hükümlerini ve yasa hükümlerini anlatan ders kitaplarını bir tutmamak lazım. Konuları bilmek başka, sorunları çözmek başkadır. Bunun gibi şüphesiz hukuk sağduyuya aykırı olamaz; ama sadece sağduyu da hukuk değildir. Hukuk, sağduyu ve hukukun kendine özgü bakış açısı ve mantığıdır. Bunu edinmenin de -öğrenmenin demiyorum- kanımca iki yolu vardır: Birincisi, asırlardan buyana gelen evrensel hukuk ilkelerini kavramak, bunlardan bir matematikçinin aksiyomlardan, postulatlardan yararlanması gibi yararlanarak sorunları çözmek, ikincisi de borçlar hukukunu sadece alacaklı ile borçlu arasındaki sorunları çözen bir yasa, bir hükümler topluluğu olarak değil, hukukun temel mantığı ve öğretisi olarak görmek, öğrenmek ve anlamaktır. Hukukun en fazla hukuk olduğu alan, borçlar hukukudur."[27]

Küllî kâidelerin, hüküm verme konusunda tek başına delil olabilme vasfının bulunup bulunmadığı, İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır.

Lafız ve mâna yönünden doğrudan Kur'an ve Sünnet kaynaklı bir kısım küllî kâideler İslâm hukukunun temeli konumundadırlar. Bunlar fıkhın esaslarını teşkil eden usûl ve delillerin özü-

---

[27] İlhan, Cengiz, ***Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi,*** İstanbul 2003, s. XX.

dür. Bu nitelikte olan küllî kâideler hüküm verme konusunda tek başına delil olma vasfını haizdirler.[28]

Doğrudan âyet ve hadisten kaynaklanmayan diğer kâideler, hüküm çıkarma hususunda tek başına delil olamazlar. Bunlar, konuyla ilgili özel bir delil bulunduktan sonra, hükmün tespitine yardımcı olan hukukî destekten öteye geçmez. Çünkü bu kâidelerin pek çok istisnası vardır ve bu sebeple tek başına kesin delil olamazlar.[29] Hamevî, konuyla ilgili olarak İbn Nuceym'den şöyle bir nakilde bulunmuştur: "Bu kâide ve dâbıtaların gereğine göre fetva vermek caiz değildir. Çünkü bunlar her zaman değil, çoğu zaman geçerlidirler."[30] Mecelle'nin mazbatasında da, İbn Nuceym'in bu görüşüne atıf yapılarak, hâkimlerin sahih bir nakil bulmadıkça yalnız bu kâidelerle hükmedemeyeceği belirtilmiştir.

Son devirde gelen bazı usûlcüler, küllî kâideleri fıkhın müstakil delilleri arasında saymışlardır.[31]

Uygulamaya bakıldığında ise, küllî kâidelere hüküm bina edilmediğini, küllî kâidenin hüküm zikredildikten sonra meselenin illet ve hikmetini açıklama babında kaydedildiğini görüyoruz. Nitekim, Osmanlı mahkemelerinde bir kanun maddesi gösterilmeden yalnız Mecelle'nin küllî kâidelerine dayanılarak verilen hükümlerin temyizde bozulduğu kaydedilmektedir.

Fakat bazen bir küllî kâideye dayanılarak hüküm verilse bile, bu hükmün dayanağı küllî kâide değil, o kâidenin dayandığı nasdır. Bu bazen bir tek âyet veya hadis olduğu gibi, nasların genelinden çıkarılan bir hüküm de olabilir.[32]

---

28 Bilmen, Ömer Nasuhî, ***Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu,*** İstanbul 1976, I, 254.

29 Ali Haydar, Hoca Eminefendizâde, ***Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm,*** İstanbul 1330,I, 24.

30 Hamevî, ***Ğamzu Uyûni'l-Besâir,*** I, 37.

31 Geniş bilgi için bkz. Baktır, ***Küllî Kâideler,*** s. 19-20.

32 Baktır, ***a.g.e.,*** s. 21.

E- MECELLE'NİN KÜLLÎ KÂİDELERİ

Geçmişi İslâm dininin ilk yıllarına dayanan küllî kâideler, asırların süzgecinden geçtikten sonra Mecelle'de en güzel ifade tarzına ulaşmıştır.

Mecelle'de 99 küllî kâide zikredilmiştir. Şüphesiz küllî kâideler bu sayı ile sınırlı değildir, bunların dışında daha bir çok küllî kâide mevcuttur. Ali Haydar Efendi, bu sayının Allah'ın 99 güzel isminden (esmâi hüsnâ) esinlenerek belirlendiğini ifade etmektedir.[33]

Mecelle'nin küllî kâidelerinde iki tenkit noktası dikkati çekmektedir. Birincisi maddelerin sıralanış biçimidir. Gerçekten birbiriyle yakın ilgisi bulunan kâideler belli bir sıraya konmak yerine, âdeta 99 madde içine gelişigüzel serpiştirilmiş intibaı vermektedir. Bu sebeple Mustafa Zerkâ gibi, bazı çağdaş Mecelle şârihleri, maddeleri resmî sıralama yerine, anlamlarına göre tasnif etmişlerdir. Zerkâ, bu kâidelerin 40'ını asıl kabul etmiş, 59'unu bu asılların fer'i olarak sıralamıştır.

Bir diğer tenkit noktası ise, bazı kâidelerin başka açılardan neredeyse diğerinin tekrarı niteliğinde olmasıdır. Zaten kâidelerin asıl ve fer' olarak tasnif edilmesinin sebebi de budur. Bunların yerine, asıl olma niteliği taşıyan başka küllî kâidelerin Mecelle'ye alınması daha isabetli olurdu diye düşünüyoruz. Ancak, bu tenkitler dile getirilirken, Mecelle'nin yazımı sırasındaki şartlar ve Mecelle komisyonundaki tartışmalar da gözden uzak tutulmamalıdır. Zira Mecelle'nin tedvini çok kolay olmamış, çetin tartışmalardan sonra kabul edilip yayınlanmıştır.

Bir vecize üslûbu ile yazılmış bulunan Mecelle'nin küllî kâideleri, çağdaş hukukçuları dahi hayrete düşürecek güzelliktedir. Belgesay, konu ile ilgili olarak şöyle diyor. "Bugünkü hukukun önemli bir kısmı Mecelle kâidelerine dayanır. Bu sebeple, Mecelle'nin 99 maddesini yeni hukuk prensiplerinin ve felsefî değerlendirmelerin ışığı altında tetkik edip açıklamak, bu hukukun da ça-

---

33 Ali Haydar, ***Durer***, I, 25.

buk kavranması ve öğrenilmesi bakımından büyük faydalar sağlayacaktır... Küllî kâideler tabiî hukuka ve modern hukukun hayli münakaşalardan ve tekamülden sonra ulaştığı prensiplere o derecede uygundur."[34]

Hukukun evrensel tarafı, ilkeleri ve mantığıdır. Mecelle'nin genel ilkelerinin kaynağının Hanefî hukuku olması, ilke ve mantık bakımından, bu hukuku günümüz hukukundan ayırmaz. Bir başka deyişle, Mecelle'nin şeriat kaynaklı genel kuralları, günümüz Medeni Kanunu ile Borçlar Kanununun, Roma hukuku kaynaklı ilkelerinden ve mantığından farklı değildir; her ikisi de, ayrı ayrı yollardan, hukukun genel mantığı ve ilkelerinde birleşmektedir.[35]

Bu konuyu, Ali Himmet Berki'nin şu ifadeleriyle bitirmek istiyoruz: "Mecelle'nin mukaddimesinde bu kâideler, hukuk ilminde maharet ve melekesi olmayanlar için, metinde gelecek konulara bir yatkınlık sağlamak amacıyla sevk olunmuştu. Bazılarının istisnası olmakla beraber, âdeta cüz'î konuların bir aynası ve detay denilecek meselelerde bir timsâl mesabesinde idi. Meseleler tetkik olunurken mukaddimede geçen kâideler âdeta birer fener vazifesi görüyordu."[36]

---

34 Belgesay, Mustafa Reşit, ***"Mecellenin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukuk"***, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XII, 564.

35 İlhan, ***Mecelle,*** s. 4.

36 Berki, Ali Himmet, ***Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku,*** Ankara 1955, s. 15.

II- BAZI KAVÂİD KİTAPLARI VE MECELLE ŞERHLERİ

A- BAZI KAVÂİD KİTAPLARI

Hanefî Mezhebi

1-*Usûlü'l-Kerhî:* Ebu'l-Hasen Ubeydullah b. Huseyn el-Kerhî (340/952). Debûsî'nin *Te'sîsu'n-Nazar* isimli eserinin sonunda. Kahire 1320.

2-*Te'sîsu'n-Nazar,* Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer ed-Debûsî (430/1039). Kahire 1320.

3-*el-Eşbâh ve'n-Nezâir:* Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed b. Nuceym (970/1562). İstanbul 1298.

4-*el-Fevâidu'z-Zeyniyye fî Mezhebi'l-Hanefiyye:* Zeynuddin ibn Nuceym, Mısır ty.

5-*Kavâidu'l-Fıkh:* Zeynuddin ibn Nüceym, Mısır ty.

6-*Ğamzu Uyûni'l-Besâir alâ Mehâsini'l-Eşbâh ve'n-Nezâir,* Ebû Abbas Şihâbuddin Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, (1098/1687), İstanbul 1290.

7-*Mecâmiu'l-Hakâik:* Muhammed b. Muhammed el-Hadimî, İstanbul 1308.

8-*el-Ferâidu'l-Behiyye fi'l-Kavâid ve'l-Fevâidu'l-Fıkhiyye:* İbn Hamze el-Huseynî Mahmud b. Muhammed, Dımaşk 1298.

9-*Şerhu Kavâidi'l-Fıkhiyye:* Ahmed b. Muhammed ez-Zerkâ, Dımaşk 1996.

10-*Kavâid-i Fıkhiyye:* Musa Carullah Bigiyef, Kazan ty.

Şâfiî Mezhebi

1-*Kavâidu'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enam:* İzzuddin Abdulaziz b. Abdisselâm (613/1216), Beyrut ty.

2-*Kitâbu'l-Eşbâh ve'n-Nezâir:* İbnu'l-Vekil Muhammed b. Ömer (716/1316), Riyad 1993.

3-*el-Eşbâh ve'n-Nezâir:* Tacuddin İbnu's-Sübkî Abdulvahhâb b. Ali (771/1369), Beyrut 1991.

4-*el-Mensûr fi'l-Kavâid:* Muhammed b. Bahadır b. Abdillah ez-Zerkeşî (794/1391), Kuveyt 1402.

5-*Kitabu'l-Kavâid:* Ebû Bekr b. Muhammed el-Hısnî (829/1425), Riyad 1997.

6-*el-Eşbâh ve'n-Nezâir:* Celaluddin Abdurrahman b. Ebî Bekr es-Suyûtî (911/1505), Mekke 1334.

7-*el-Kavâidu'l-Kulliyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî:* Abdurrahman es-Sâbûnî, Haleb 1964.

Mâlikî ve Hanbelî Mezhebi

1-*Envâru'l-Burûk fî Envâi'l- Furûk:* Ebu'l-Abbas Ahmed b. Ebi'l-A'lâ el-Karâfî (684/1285), Beyrut ty.

2-*el-Kavâid:* Muhammed b. Muhammed el-Mekarrî (758/1356).

3-*el-Kavâidu'n-Nurâniyyetu'l-Fıkhiyye:* İbn Teymiyye Ebu'l-Abbas Takıyyuddin Ahmed b. Abdilhalim (728/1328), Kahire 1399.

4-*Takrîru'l-Kavâid ve Tahrîru'l-Fevâid:* İbn Receb Abdurrahman b. Şihâb (795/1392), Beyrut ty.

B- BAZI MECELLE ŞERHLERİ

1-*Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm:* Ali Haydar Efendi, İstanbul 1330.

2-*Ruhu'l-Mecelle:* Hacı Reşit Paşa, İstanbul 1326.

3-*Mir'ât-ı Mecelle:* Yusuf Asaf, Kahire 1894.

4-*Mir'ât-ı Mecelle:* Mesud Efendi, İstanbul 1297.

5-*Şerhu'l-Mecelle:* Selim Rüstem Bâz, Beyrut 1888.

6-*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi:* H. M. Ziyaeddin Türkzâde, İstanbul 1312.

7-*Kavâid-i Külliyye Şerhi:* Ahmed Ziya Efendi, Konya 1996.

8-*İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kâideleri:* Hilmi Ergüney, İstanbul 1965.

9-*Telhîsu Kavâid-i Külliyye ve'stılâhât-u Fıkhıyye,* Ali Ulvi, İstanbul 1317.

10-*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliyye'nin İzahı:* Atıf Bey, İstanbul 1316.

İKİNCİ BÖLÜM
MECELLE'NİN KÜLLÎ KÂİDELERİ

İKİNCİ BÖLÜM
MECELLE'NİN KÜLLÎ KÂİDELERİ

اَلْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا

2*- BİR İŞTEN MAKSAT NE İSE HÜKÜM ONA GÖREDİR.[1]

Yani bir iş üzerine terettüb edecek hüküm, ol işten maksat ne ise ona göre olur.

Bu kâide; *"ameller ancak niyetlere göre değerlendirilir"*[2] hadîsi esas alınarak ortaya konmuştur. Kâidede geçen "maksat" sözcüğü, kalbin yapmaya veya yapmamaya yöneldiği şey demek olup iş, fiil ve sözü kapsar. Meselâ, bir kimse bir yere av için bir ağ veya tuzak gibi bir şey kursa, ona takılan av, o tuzağı veya ağı kuran kişinin malı olur. Zira ağ veya tuzak o amaç için kurulmuştur. Fakat bir kimse ağını kurutmak için bir yere serse, ona takılan av onun malı sayılmaz. Çünkü ağı kurutmak amacıyla sermiştir.[3] Misalden de anlaşılacağı üzere maksat, sâik (güdü) gibi hukuk alanına girmeyen istek ve arzular değil, iradeyi içeren, hukukî sonuçlar doğuran eylem ve işleme dönüşmüş istek ve amaçlardır.[4]

Bilindiği gibi Arapça'da "alıyorum", "satıyorum" gibi muzari sîgası geniş, şimdiki ve gelecek zamana delâlet ettiği için, sözleşmelerde en azından taraflardan birinin geçmiş zaman (mâzî)

---

* Mecelle'nin 1. maddesi fıkhın tanımı ve bölümleri ile ilgili olup küllî kâidelerle bir ilişkisi yoktur. Bu sebeple onu açıklamadık ve madde numaralarının orijinal metine uygun olması için 2. numarayla başlamayı uygun bulduk.

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** İstanbul 1298, s. 12.

2 Buhârî, ***Bed'u'l-Vahy*** 1; Muslim, ***İmâre*** 155; Ebû Davud, ***Talak*** 11; Tirmizî, ***Fedâilu'l-Cihad*** 16; Nesâî, ***Tahâre*** 59; İbn Mâce, ***Zühd*** 26.

3 Hacı Reşid Paşa, ***Rûhu'l-Mecelle,*** İstanbul 1326, I, 70.

4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 5.

sîgası kullanması şartı aranmıştır. Şayet, Türkçe'de bu tür ifadelerle sözleşmenin gerçekleştiğine dair kesin bir anlam söz konusu olursa sözleşme tamam sayılır.[5]

Uygulamaya geçmemiş olan talâk, vakıf ve kiralama gibi işlemlere niyetlenmiş olmak hukukî bir sonuç doğurmaz. Yani, kişinin vakfetme niyetiyle bir mal satın alması, vakfettiğine dair bir söz söylemedikçe onu vakfettiği anlamına gelmez. Zira Hz. Peygamber; "*Yüce Allah uygulamadıkları sürece, ümmetimin kalblerinden geçenleri affetmiştir*"[6] buyurmuştur. Buna göre, hata ile insan öldürmekten dolayı kısas gerekmez. Yapılan hata diyet ödemekle telâfi edilir. Çünkü bu durumda niyet muteberdir.

Yitik bir malı koruyup sahibine verme niyetiyle alan kişinin, mal elinde helâk olması halinde onu tazmin etmesi gerekmezken; söz konusu malı sahiplenme niyetiyle almış olması halinde elinde helâk olan o malı tazmin etmesi gerekir.[7]

Kast ve niyet bulunmadığı halde, fiillere bazen hüküm terettüb eder. Meselâ, bir kimse "şu malı sana şu kadara sattım" deyip muhatab da "aldım" dese, satan; "sözü söylediğim anda satmak niyetim yoktu" diyemez. İkrar (sorumluluğunu kabul etme), vekâlet (bir iş için başkasını kendi adına yetkilendirme), îda' (emanet bırakma), iâre (ödünç verme), kazf (zina iftirası), sirkat (hırsızlık) gibi işlere de niyet olmasa bile hüküm terettüb eder.[8]

Dünya ile ilgili işler fâilin kasdına göre değerlendirildiği gibi dinî konularda da niyet önemlidir. Meselâ nikâh sünnettir. Fakat bir kimse bunu kadına zarar vermek amacıyla yaparsa haramdır.[9]

Bir müslümanın, üzüm suyunu şarap yapılması amacıyla satması haram, ancak böyle bir niyeti olmaksızın ticarî amaçla

---

5 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 31.

6 Buhârî, ***Itk*** 6, ***Talak*** 11; Muslim, ***İman*** 201-202; Ebû Dâvûd, ***Talâk*** 15.

7 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye,*** Dımaşk 1996, s. 49.

8 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 30, 31.

9 Zeydan, Abdulkerim, ***el-Medhal li Dirâseti'ş-Şerîati'l-İslâmiyye,*** Beyrut 1995, s. 77.

satması caiz olur. Aynı şekilde, bir devlet büyüğüne ibâdet niyetiyle secde edilmesi küfür, bunun saygı amacıyla yapılmış olması sadece günah olarak görülmüştür.[10]

Fransız ihtilâline kadar Avrupa'da uygulanan Roma hukukunda niyete itibar edilmezdi. Meselâ, bir kimse üzüm köklerini tahrip eden komşusu aleyhine dâva açtığı zaman, mahkemede üzüm kökü diyecek yerde üzüm ağacı derse dâvasını kaybederdi.

Bugünkü hukuk bu esastan ayrılarak, kanunları olsun, sözleşmeleri olsun, beyan tarzlarına, terimlerine göre değil, maksatlarına, gâyelerine göre yorumlama prensibini kabul etmiştir.

Kanunlar da kişiler arasında yapılan sözleşmeler gibi hukukî işlemlerdir. Yani onlar da irade beyanlarıdır. Kanunların ruhu, düzenledikleri ilişkilerin tabiî icaplarından, genel kapsamı bakımından takip ettiği anlaşılan maksat ve gâyesinden çıkarılır. Kanunlar tanzim ettikleri durumun ihtiyaçlarına göre yorumlanır. Akitler ise, tarafların kasdettikleri şeye göre tefsir edilir. Medenî Kanunun 2. maddesinde, işlerde hüsnüniyet kâidesi genel bir hukuk prensibi olarak kabul edildiğinden, sözleşmeler de akdi yapan kişinin gerçek maksadından daha çok, onun ifade ediş biçiminden akde taraf olan diğer kişinin çıkarabileceği mânaya göre yorumlanır. Hüsnüniyet kâidesi, bir tarafın diğer tarafın gizli kalmış maksadını anlayamamasından ötürü bir zarara uğramamasını gerektirir.[11]

"...Pek iyi bilinir ki, bir hukukî kâidenin konması ve kabulü bir amacı sağlamak içindir. Kâidelerin, kuralların mânalandırılmalarında bu amaca bakılmak, onu kollamak gerekir. Amacı aşan bir yorum, kanunun esasta hiç istemediği, reddettiği bir durumu ifade eder ve şüphesiz hüküm dayanağı olamaz." (28.11.1945 T. 2/15 S. İç. Bir. K. gerekçesinden)

---

10 Kırkağacî, Süleyman, ***Şerhu Hâtimei Kavâidi'l-Usûl ve'l-Furû'***, yy., ty.,s. 4.

11 Belgesay, Mustafa Reşit, ***"Mecellenin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukuk"***, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XII, 565.

اَلإِعْتِبَارُفِى الْعُقُودِ لِلْمعَانِي لاَ لِلأَ لْفَاظِ

3- UKÛDDA İTİBAR MEKÂSID VE MEÂNİYEDİR, ELFÂZ VE MEBÂNİYE DEĞİLDİR[1]

Binâenaleyh bey' bi'l-vefâda rehin hükmü cereyan eder.

Sözleşmelerde önemli olan, sözler ve yazılışı değil, sözleşmeyi yapan kişilerin kastıdır. Hüküm bu kasta göre şekillenir. Maksatlar akitlerin temelini oluşturur, sözler ise maksatlara delâlet ettiği için muteber sayılmıştır.

"Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakili maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır." (BK 18/1)

Bu madde, niyet ile ifade arasında aykırılık bulunduğu zaman geçerlidir. Yoksa lafız tamamen bir kenara atılacak değildir. Çünkü ne de olsa lafızlar mânaların kalıplarıdır.

Kâidede "ukûd" kaydının bulunması yeminlerle ilgili ahkâmı istisna etmek içindir. Zira yeminler amaca göre değil, kullanılan lafızlara göre değerlendirilir. Kâtilin kısas cezasına çarptırılmasını isteme hakkından vazgeçmek de böyledir.[2] Yani, kısası gerektiren bir cinayet sonrasında, kısas talebinde bulunma hakkı olanlardan birisi, suçluyu affettiği anlamına gelecek bir söz sarf ettikten sonra, "niyetim affetmek değildi" demiş olsa bu sözüne itibar edilmez, kısas cezası diyete dönüşür.

Bu madde, lafızların asıl mânalarının başka mânalarda da kullanılabileceği göz önüne alınarak tespit edilmiştir. Meselâ, *"bey' bi'l-vefâ"* terimindeki *"bey'"* lafzı, normal alım-satım akdini

---

1 Hâdimî, ***Mecâmiu'l-Hakâik,*** İstanbul 1318, s. 367.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 35.

kasdetmek için değil, ihtiyaç sahibi kişinin borç temin etmek için yaptığı sözleşmeyi kasdetmek için kullanılmıştır.[3]

Bey' bi'l-vefâ; bir kimsenin bir malı başkasına, ücretini ödediğinde geri almak şartıyla satmasıdır. Yani, bu tür akitle alıcı aldığı malı, satıcıya ödediği ücrete karşılık elinde bulundurmakta, ondan yararlanmakla beraber başkasına satamamaktadır. Dolayısıyla bu mal alıcının elinde rehin hükmündedir.

Hukukumuzda vefalı satış (TMK 736 ve 1009) rehinden, özellikle taşınmaz rehinden farklıdır. Şahsî bir hak niteliğinde olup, tapu tesciline şerh ile on yıl sınırlı olmak üzere aynî nitelik kazanır. Ne var ki, aynen Mecelle örneğinde olduğu gibi halen "Geri alım hakkı tanıyarak satın almayı meslek edinenler hakkında da taşınır rehin karşılığında ödünç verenlere ilişkin hüküm uygulanır" (TMK 969). Nitekim vergi incelemelerinde vefalı satışlar, aynen rehin gibi taraflar arasındaki ödünç sözleşmesinin güvencesi olarak kabul edilmektedir.[4]

Havâle akdinde, havâle eden kişinin zimmetinin boşalmamasının şart koşulması halinde, adı havâle olmasına rağmen kefâlet akdi hükümleri geçerli olur. Zira havâle lafzı borcun bir zimmetten diğerine intikal edeceği anlamını taşır. Oysa bunun aksine bir şartın koşulmuş olması, lafız havâle olmakla beraber kefâlet akdi hükümlerini geçerli kılar.[5]

Yazışmalar, teâtîler (söz kullanılmadan karşılıklı alıp vermekle gerçekleşen alış verişler), dilsizin bilinen işaretleri hep lafızla beyan gibidir. Yani, söz konusu kâidenin kapsamı içindedir.

Bu madde gereğince muvazaalı akitler de geçerli değildir. "Muvazaa iki şekilde olabilir: a- Taraflar herhangi bir akit yapmak istemezler, fakat görünüşte belli akit yapmak üzere irade bildiriminde bulunabilirler ki, bu akit hükümsüzdür. b- Taraflar gerçek-

---

3 Reşid Paşa, ***Ruhu'l-Mecelle,*** I, 72-73.

4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 7.

5 Şâkir Hanbelî, ***Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî,*** İstanbul ty, s. 53-54; Kırkağâcî, ***Kavâid,*** s. 18.

ten belli bir akit yapmak isterler, fakat bu gerçek akdi saklamak amacıyla başka bir akit yapmak istiyormuş gibi ayrıca irade bildiriminde bulunurlar ki, görünüşte yapılan akit geçerli olmaz, esas akit kural olarak geçerli olur. Gerçekten yapılmak istenen akit şekle bağlı bir akit ise, bu akit dahi hükümsüzdür." (BK 18)

"Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olması miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulunda yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medenî Kanun'un 507 ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olamayacağına, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1.04.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi."[6]

Akitlerde bu maddenin bazı istisnaları da vardır. Meselâ, bir kimse "şu malı sana parasız sattım" deyip, karşıdaki de "aldım" dese bu sözleşme geçersiz olur. Hibe hükmü de cereyan etmez. Aynı şekilde, bir kimse "şu malımı sana ücretsiz kiraladım" dedikten sonra karşıdaki de kabul etse, icâre akdi fâsid olduğu gibi âriyet sözleşmesi de gerçekleşmiş olmaz.[7]

---

6 İlhan, ***Mecelle,*** s. 8.

7 Reşit Paşa, ***Rûhu'l-Mecelle,*** I, 73-74; Bilmen, ***Kâmûs***, I, 256.

اَلْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ

4- ŞEKK İLE YAKÎN ZÂİL OLMAZ[1]

"*Şekk*" (şüphe), bir şeyin varlığına veya yokluğuna eşit derecede kâni olmaktır. "Yakîn" ise, bir şeyin varlık veya yokluğundan birine, bir delil sebebiyle aklın kesin olarak veya zann-ı gâlip-le karar vermesidir. Yakîn asıl ve kuvvetli, şekk ise ârızî ve zayıftır. Aklın bir şeyin varlık veya yokluğundan birini tercih etmesine "zan", aksine yani tercih etmediği bilgiye de "vehim" denir. Akıl, tercih edilen tarafın karşıtı olan vehmi atarsa buna "zann-ı gâlib" denir ki, "yakîn" derecesindedir.[2]

Var olduğu yakînen bilinen bir şeyin aksine kesin delil bulunmadıkça, sonradan meydana gelen bir şüphe ve tereddütten dolayı onun yok olduğuna hükmedilmez. Yakîn ancak yakîn ile zâil olur. Meselâ, bir kimse bir şahsın zimmetini tamamıyla ibrâ ettikten, bu adamda hiçbir alacağım yok dedikten sonra tarih belirtmeksizin, o şahıstan bir hak için dâvacı olsa, dâvası dinlenmez. Çünkü ibrâ kat'î olarak vuku bulmuştur. Dâvâ edilen hakkın, ibrâdan önce veya sonra olduğu şüphelidir.[3]

Abdestli olan bir kişi, abdestinin bozulup bozulmadığında şüpheye düşse, abdestinin bozulduğuna dâir kesin bir bilgi olmadıkça bu şüpheye itibar edilmez, bu abdestle kıldığı namazlar sahih kabul edilir.[4]

Günümüzde de durum farklı değildir. Şüphe karar vermenin karşıtıdır, karar vermeyi önler. Şüphe varsa kanaat getirme, kesin karar verme gibi durum olmaz. Bu yalnızca ceza hukukunun "şüpheden sanık yararlanır" kuralında değil, yasal ve yazılı kanıt

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 27.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 39; Reşit Paşa, ***Rûhu'l-Mecelle,*** I, 75.
3 Bilmen, ***Kâmûs,*** I, 256.
4 Zerkâ, Mustafa Ahmed, ***el-Medhalu'l-Fıkhi'l-Amm*** *(el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihi'l-Cedîd),* Dımaşk 1964, I, 968.

sistemine dayanan özel hukuk alanında da böyledir. Şüphe, durumu, mevcut duruma dayalı bilgimizi gideremez, değiştiremez; mevcut durum, kesin bilgi devam eder.

Şüphe kesin bilgiye ulaşmanın başlangıcını teşkil edebilir. Bu durumda şüphe, kanaat getirmenin, karar vermenin zıddı değildir. Yani karar vermeyi önlememekte, gerçeği bulma, karar verme sürecinin başlangıcını teşkil etmektedir. Böyle bir düşünce, kartezyen (Descartes) felsefesiyle yakınlık gösterir. Ama konumuz bir araştırma, gerçeği bulma sürecinin başlangıcı olan şüphe değil, sadece "kesin bilgi"ye karşı olan şüphedir ki, bunun hukukî bir değeri yoktur.[5]

Bundan sonra gelecek olan 5-12. maddeler bu kâidenin teferruatı kabilindendir. "Hilafına delil bulunmadıkça" kaydı, söz konusu edilecek bu maddeler için de geçerlidir.

5 İlhan, ***Mecelle,*** s. 9.

اَلأَصْلُ اِبْقَاءُ مَاكَانَ عَلَى مَاكَانَ

5- BİR ŞEYİN BULUNDUĞU HAL ÜZERE KALMASI ASILDIR[1]

Bu bir "istıshâb" kâidesidir. İstıshâb bir şeyin bulunduğu hal üzere bâkî kalmasıdır. Geçmişte sâbit olduğu kesin olarak bilinen bir şeyin, aksine bir delil bulunmadıkça önceki haline itibar edilir.

Kâidedeki "şey" ifadesi sadece maddî varlıklar değil, en geniş anlamıyla var olabilen, düşünülebilen, iddia, savunma ve hükme konu olabilen her türlü varlıktır. Bir arazi bu tanıma girebileceği gibi hayatın aşamaları, ölüm, doğum, evlenme, boşanma, satma satın alma, bağışlama vb. hukukî işlem ve eylemlere konu olabilecek her türlü varlık ve eylemler şey kavramına dahildir.[2]

Mefkûdun (ölü veya diri olduğu bilinmeyen kayıp kişi) hayatta olduğu geçmişte kesin olarak bilinmekte iken, öldüğüne dâir kesin bir delil bulunmadığı sürece hayatta olduğu kabul edilir. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin ölümüne dâir kesin bilgi elde edilmedikçe, malları mirasçılarına paylaştırılamaz.[3]

Halihazırda mevcut bir su kanalının eskiden beri mi var olduğu, yoksa sonradan mı açılmış bulunduğuna dair yeterli delil bulunmazsa, önceden mevcutmuş gibi muamele yapılır.[4]

Borçlu, borcunu ödediğini iddia ettiği halde alacaklı "henüz ödemedin" diye inkâr etse, yemin etmek şartıyla alacaklının sözüne itibar edilir. Çünkü borcun varlığı istıshab yoluyla sâbittir. Keza, satıcı ile alıcı şart muhayyerliği veya ücret ödeme süresinin geçip geçmediği hususunda anlaşmazlığa düşerlerse söz, yine bu

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 28.

2 İlhan, ***Mecelle,*** s.9-10.

3 İslâm hukukunda "mefkûd"un ölümüne ne zaman karar verileceğine dair hükümler, İslâm hukuk ekollerine göre farklılıklar arz eder. Buradaki "mefkûd" örneği söz konusu kuralın geneli içinde değerlendirilmelidir.

4 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 41-42.

kâide gereği sürenin geçtiğini inkâr eden kişiye ait olur. Çünkü her ikisi de muhayyerliği ve ödeme süresini kabul etmiş durumdadır. Daha sonra bu kişilerden birisi, muhayyerliğin ya da sürenin sâkıt olduğunu iddia ederse, bu söz geçerli sayılmaz ve önceden sâbit olan şeyin devam ettiğine hükmedilir.[5]

Emin olan kimsenin, berâet-i zimmeti (borçsuz olması) hakkında, kendisinin yemin etmesi halinde haklı görülmesi bu kâidenin istisnalarındandır. Meselâ emanetçi (mûda'), kendisine vedîa (emanet) olarak verilmiş olan malı sahibine iade ettiğini iddia etse, mal sahibi inkâr etse de malı tazmin etmesi gerekmez. Oysa istishab kuralına göre, vedîanın emanetçinin yanında bulunduğuna itibar edilmesi gerekirdi.[6] Bu hususun kâidenin hükmünden istisna edilmesi, vedîa sözleşmesinin güven esasına dayanması sebebiyledir. Mal sahibinin malını emanet bırakırken kendisine güvendiği kişinin, o malı iade ettiğine dair sözüne de güvenmesi gerektiği esası benimsenmiştir.

İstıshâb, aslında sâbit olan şeyleri ibkâ için delil sayılsa da ispat için delil olarak kabûl edilmez. Meselâ mefkûdun mirasçı olabileceği akrabasından biri ölse, hissesine düşen miras ona tahakkuk ettirilmez. O kişinin ölü veya diri olduğu anlaşılıncaya kadar hissesi korunur.[7] Çünkü mefkûdun sağ olduğu istishâb yoluyla sâbittir. Yukarıda ifade edildiği gibi, istıshâb bir şeyi ispat için delil olarak kabul edilmediğinden yani, bir hakkı engelleyici olduğundan bu kişi böyle bir durumda mirasçı sayılamaz. Fakat kayıp kişi (mefkud), kendi hakkında sağ hükmü bulunduğu için, kendine düşen mîras payı, ölümü halinde ona mirasçı olacak kişiye de verilmez. Zira istıshâb, mefkûdun hak sahibi olmasını engelleyici bir delil olduğu gibi, onun dışındakilerinin de hakkını engelleyici bir hüccettir.[8]

---

5 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye,*** Dımaşk 1996, s. 88.
6 Bilmen, ***Kâmûs,*** I, 257.
7 Reşit Paşa, ***Rûhu'l-Mecelle,*** I, 46.
8 Kırkağacî, ***Kavâid,*** s. 15.

اَلْقَدِيمُ يُتْرَكُ عَلَى قِدَمِه

6- KADÎM KIDEMİ ÜZERE TERK OLUNUR[1]

"Kadîm", başlangıcını kimsenin bilmediği şeydir. Yani meşrû surette öteden beri mevcut olan bir şey, aksine kesin delil bulunmadıkça eski hâli üzere bırakılır. Mürûr (geçme), mesîl ve mecrâ[2] hakları bu kâideye dayanır. Meselâ, bir evin yağmur suları, eskiden beri komşusunun bahçesine akmaya devam ettiği halde, komşusu "bundan sonra akmasına izin veremem" diyemez. Çünkü bu uygulama, başlangıcı bilinemeyecek bir süreden beri devam etmesi sebebiyle, kişi için mülk hakkı gibi bir hak olmuş ve "mesîl hakkı"ndaki tasarrufu kendi mülkündeki tasarrufu haline gelmiştir. Dolayısıyla, *"hiç kimse kendi mülkünde tasarruftan men' olunamaz"* kuralı gereğince bu hak elinden alınamaz. Ancak kişi başkasının mülkünde, başlangıcı bilinen yeni bir şey yapmaya kalkarsa, sebebini ve meşrûiyetini kanıtlamakla yükümlü tutulur. Aksi takdirde bu uygulamaya engel olunur.

"Kadîm hak, öncesi bilinmeyen haktır. Başkasının arazisinde kaynayan sudan kadîm intifa hakkı olduğunu iddia eden kişi bunu tanık ve bilirkişi sözleri veya belgelerle kanıtlamalıdır." (6. HD. 27.12.1963 T. 2804/5444). Eskiden beri tanınmış olan sudan faydalanma hakkına dayanan isteklerde, hak sahibinin eski zamanlardaki yararlanmasının şümulü (kapsamı) esas alınır." (HGK 07.12.1960 T. 6/52-60)[3]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.

2 ***Mesîl*** ve ***mecrâ*** suyun aktığı, geçip gittiği yol demektir. Aslında mesil ve mecrâ lugat manası bakımından da, hukukî bakımdan da birbirine yakın kavramlardır. ***Mecrâ,*** araziye komşu olan ve daha yukarıda bulunan arazilerde söz konusu olup suyun gelmesini temin ederken; ***mesîl,*** araziye komşu ve genellikle daha aşağı seviyedeki arazilerden yukarıdaki arazinin ihtiyaç fazlası veya atık sularını tahliye-ye mahsustur. (Senhûrî, Abdurrezzâk, ***Mesâdiru'l-Hakk fi'l-Fıkhı'l-İslâmî,*** Mısır 1967, I, 34.)

3 İlhan, ***Mecelle,*** s. 12.

Bundan sonraki kâidede belirtileceği gibi, eskiden beri var olan bir şeyin devam edebilmesi için, meşru ve zararsız olması gerekir. Meselâ, herkesin gelip geçtiği yol kenarındaki bir lağım ne kadar eski olursa olsun değiştirilir. Vakıf bir dükkânın, başka bir vakıf arsada öteden beri yolu varsa, arsanın mütevellisi (vakfı yürütmekle görevli kişi veya kişiler) o yolu kapayıp mürur (geçiş) hakkına sahip kimseyi oradan geçmekten men' edemez. Aynı şekilde vakıf senedi mevcut olmayıp, vakfedenin şartları ve tahsis ettiği sarf yeri belli olmayan eski vakıflar da, önceden ne yolda işletilip sarf edile gelmişse, aynı uygulamaya devam edilir.[4]

Sosyal emniyet ve sükûn, ferdin refahı, hukukî durumlarda istikrar bulunması ile mümkündür. Zaman ile alışılan haksızlıkları düzeltmekte sosyal faydalar yoktur. Bu düzeltmeler yeni anlaşmazlıklara yol açabilir. Hakkını korumak için müracaat etmeyenin kusuru, haksız durum meydana getiren kişinin kusurundan daha az değildir. Sonuçta, fiilî bir durumun uzun süre devam etmesi, onun haklı olmasına bir karine sayılmıştır.

Mecelle'nin küllî kâidelerinde bir durumun ne kadar zaman sonra kadîm sayılarak korunacağı kesin olarak belirtilmemiş, sadece öncesini bilen bir kişinin olmaması ile yetinilmiştir. Buna göre, başlangıcını bilen birisinin olmaması, bir durumun kadîm olması için yeterlidir.

Bu kâide, bir uygulamanın ne kadar eskiye dayandığı konusunda birçok karışıklığa sebebiyet verebileceğinden Mecelle, esas metinde müstakil bir kâide olarak on beş yıllık bir zamanaşımı ile dâva hakkının düşmesini kabul etmiştir.[5]

---

4 Ali Haydar, ***Durer***, I, 46-47.

5 Belgesay, ***"Mecellenin Küllî Kâideleri"***, s. 577.

اَلضَّرَرُ لاَ يَكُونُ قَدِيماً

7- ZARAR KADÎM OLMAZ[1]

İllet, açık bir zarar olunca kadîm ile hâdis arasında fark bulunmaz. Hangisi olsa izâle edilir.

Önceden beri uygulana gelen bir şey, şayet kamuya zarar verecek bir hâle gelmişse, bunun eskiliğine itibar edilmez, yok edilmesi yoluna gidilir. Sözgelimi, yayaların geçişini engelleyecek şekilde yapılmış sundurma ve balkonlar, kamu sağlığını tehdid eden açık kanalizasyon ve çöplükler, ne kadar eski uygulama olursa olsun kaldırılır veya tamir edilip zararı giderilir, eski haliyle kalmasına izin verilemez. Aynı şekilde, bir fabrika veya bir işletmenin çevreye verdiği zarar; akarsulara, göle veya denize akıttığı pis sular eskiliğine bakılmaksızın engellenir.

Bir önceki maddede sözü edilen ve bazı kimselere zarar veren eski uygulama ile bu maddede söz konusu edilen hususlar birbirinden farklıdır. Çünkü kamuya ait yol ve su şebekesi gibi şeyler alınıp satılamaz ve bunların taksimi de mümkün değildir. Dolayısıyla bu tür kamu mallarında, kişilerin ona zarar verici bir hakkı bulunamaz.[2] Zira bu tür mallarda herkes eşit derecede hak sahibidir.

Zarar konusunda kıdeme itibar edilmesi, geçiş ve yağmur sularını akıtma hakkı gibi meşru bir hakka dayalı ve zararın kişilerle sınırlı olması halinde söz konusudur. Şayet böle meşru bir hakka dayanmazsa, zararı kişisel de olsa kabul edilemez. Meselâ, bir kimsenin kendi evinde, komşusunun mahrem hayatının görünüp gözetlenebildiği bir penceresi bulunsa, bu pencerenin kıdemi dikkate alınmaz ve buna kesinlikle izin verilemez.[3]

---

1 Bu kâideyi, gösterilen kaynakta Arapça metin olarak göremedik.
2 Reşit Paşa, ***Rûhu'l-Mecelle,*** I, 77; Ali Haydar, ***Durer,*** I, 47.
3 Zerkâ, ***el-Medhal,*** II, 989.

الأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّة

8- BERÂET-İ ZİMMET ASILDIR[4]

Binâen alâ zâlik bir kimse birinin malını telef edip de mikdarında ihtilaf etseler söz mütlifin olup mal sahibi iddia ettiği ziyadeyi ispata muhtaç olur.

"Zimmet"; insanları borçlanmaya ehil kılan "vücub ehliyeti"nin gerektirdiği bir şey olup, bu ehliyet sebebiyle hukukun insanlarda var saydığı manevî bir varlık, âdeta içi boş bir kaptır.[5] Usûlcülere göre; "kişinin leh ve aleyhine olan şeyler için kendisiyle ehil sayıldığı bir vasıftır." Meselâ, bir kimse bir malı satın aldığında, o mala sahip olma menfaatine ehil olduğu gibi, ücretini satıcıya vermek zorunda olması sebebiyle sorumluluk yüklenmeye de ehil olmaktadır.[6]

İnsanlar her türlü borç ve sorumluluktan uzak olarak doğarlar. Kişinin zimmetini meşgul eden durumlar, doğumundan sonra oluşan ârizî/geçici şeylerdir. Ârizî olan işlerde ise aslolan yokluktur. Buna göre bir kimse, başkası hakkında bir alacak iddia eder ve dâvalı da bunu reddederse, dâvacı ispatla yükümlü tutulur. Çünkü dâvalı için, "zimmetten berî olma" gibi tutunduğu temel bir prensip söz konusudur. Dolayısıyla tersine delil olmadığı sürece, zâhirî hâl onun lehine şâhitlik eder.[7]

Ödünç alan kişi, ödünç malı iade ettiğini iddia ederse, bu kâide gereği onun sözüne itibar edilir.

Bir kimse başkasının malını telef ettiğinde, bunun miktarı konusunda taraflar ihtilaf etmişlerse, söz telef edene ait olur. Çünkü mütlif, karşı tarafın ileri sürdüğü fazlalığın zimmetindeki

---

4 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 29.
5 Karaman, Hayreddin, ***Anahatlarıyla İslâm Hukuku,*** İstanbul 1985, II, 238.
6 Ali Haydar, ***Durer,*** II, 48.
7 Mustafa Zerkâ, ***el-Medhal,*** II, 970.

varlığını inkâr etmektedir. Berâet-i zimmet asıl olması sebebiyle, iddia ettiği fazlalığın ispatlanması için mal sahibinden delil getirmesi istenir.

Gasp edilen mal, gâsıbın elinde telef olur, ancak bu malın kıymeti konusunda anlaşmazlık çıkarsa söz gâsıbın olur. Borç veren ile borç alan iki kişi borç miktarı konusunda anlaşmazlığa düştüklerinde, borçlunun sözüne itibar edilir.

Asıl (zimmetin boş olması) ile zâhir (gerçek durum) birbirine zıt olduğu zaman, zâhir durum dikkate alınır. Zira gerçek durum, aslın (zimmetin boş olması prensibinin) aksine delâlet etmektedir. Ayrıca asıl, kendi hilâfına bir delille itiraz olunduğunda geçersiz olur. Dâvalının yeminden yüz çevirmesi sebebiyle hüküm verilmesi bunun örneğidir. Hüküm konusunda nükûle (yeminden yüz çevirmeye) itibar edilmesi, mücerred zâhirî karineye rücu etmekten başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu durum, "zimmetin boş olması prensibi"ne tercih edilir.[8]

Medeni Kanunun 6., Borçlar Kanunu'nun 42., Türk Ticaret Kanunu'nun 1300. ve diğer pek çok kanun maddesinde sözü edilen ispat yükümlülüğü, sözü edilen *berâet-i zimmet* kuralından kaynaklanmıştır.

---

8 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 110.

الأَصْلُ فِي الصِّفَاتِ الْعَارِضَةِ الْعَدَمُ

9- SIFÂT-I ÂRIZADA ASL OLAN ADEMDİR[1]

Meselâ "şirket-i mudârebe"de kâr olup olmadığında ihtilâf olunsa ademi asıl olduğuna binâen söz mudârib'in olup sâhib-i sermâye kâr olduğunu isbâta muhtâç olur.

Sıfat, aslî ve ârızî olmak üzere ikiye ayrılır. Hayat, sağlık gibi bir şeyin zâtıyla kâim olan sıfatlar aslî olarak adlandırılırken; ticaret malının kusurlu olması gibi sonradan meydana gelen sıfatlar ise ârizî olarak değerlendirilir.

Kâidede sözü edilen "*sıfât-ı ârıza*"[2]dan kastedilen, asıl veya genel özelliği yokluk olan sıfattır. Zira tabiî durumu olması sebebiyle yokluk onun için gerçektir, varlığa dönüşmesi şüpheli ve ârızîdir.[3]

Örnekte görülen "mudârebe şirketi"nde anlaşmazlık konusu olan "kâr", ortaklığın vazgeçilmez bir vasfı olmayıp, onun iyi işletilip işletilememesi ile ilgili ârızî bir sıfattır. Dolayısıyla yok hükmünde sayılacağından söz, müteşebbis veya işletmeci durumdaki mudâribe ait olur. Dâvâcı iddiasını ispatla yükümlü tutulur.

Bir kişi başkası hakkında, o kimsenin kendisiyle bir sözleşmesi olduğunu veya malını telef ettiğini ya da bir suç işlediğini iddia eder, o da inkâr ederse, dâvacı iddiasını ispatlayıncaya kadar söz dâvalının olur. Çünkü iddia edilen şeyler için önceden gerçek olan aslî durum "yokluk"tur.

İki kişi alışveriş yaptıktan sonra, birisi akit sırasında kendisi için görme muhayyerliği şartı koştuğunu iddia edip, buna bağlı

---

1 İbn Nuceym , ***el-Eşbâh,*** s. 32.

2 Mustafa Zerkâ, bu kâidedeki الصفات yerine الأمور sözcüğünü kullanmıştır. Ona göre, kâideden amaçlanan da budur. Zira kâide, delilik, hastalık gibi yalnızca sıfatlara şâmil olmayıp, misallerde de görüleceği üzere, sözleşme ve mal telef etme gibi müstakil şeyleri de kapsamaktadır. (***el-Medhal,*** II, 970).

3 Mustafa Zerkâ, ***el-Medhal,*** II, 969.

olarak akdi feshetmek ve malı iade etmek istediğinde, karşı taraf da bunu inkâr ederse söz, muhayyerlik ispat edilinceye kadar yeminle birlikte inkâr eden kişiye ait olur. Zira akitlerde asıl olan ilave şartların bulunmamasıdır. Dolayısıyla ileri sürülen şart ârizî olup "yok" hükmündedir ve ispata muhtaçtır.

Bir sözleşme yapan kimsenin mirasçıları, mûrislerinin (miras bırakan zat) yaptığı sözleşme sırasında aklî dengesinin bulunmadığını iddia etseler ve dâvalı da bunu inkâr etse, delilik ispatlanıncaya kadar mûrisin aklî dengesinin yerinde olduğuna itibar edilir. Çünkü aslolan akıllılıktır, delilik ise ârizîdir.[4]

Bu kâidenin bazı istisnaları da vardır: Koca, karısının malında tasarruf eder, sonra karısı öldüğünde bu tasarrufu onun izniyle yaptığını iddia ederse, mirasçıların bu izni inkâr etmesi halinde, asıl olan izinsizlik olmasına rağmen kocanın sözüne itibar edilir.

Karı koca, hibe edilen mehir konusunda anlaşamazlar; kadın, "ben onu sana beni boşaman şartıyla hibe etmiştim" der, koca da böyle bir şartı inkâr ederse, şart ârızî işlerden ve yokluğu esas olmasına rağmen kadının sözü kabul edilir.

Kadın, küçük çocukları için mahkeme tarafından belirlenen nafakayı talep etse, koca da onların nafakalarını verdiğini iddia etse, asıl olan nafaka vermemesi olmakla beraber, yeminle birlikte kocanın sözüne itibar edilir.[5]

Günümüz hukukunda gelir vergisinde ticarî kazançlarla meslek kazançlarına uygulanan "hayat standardı" da bu kâidenin istisnalarındandır. Ticaret, serbest meslekler ve diğer işlerde gelir sağlayamamanın asıl olması gerektiği ve bu, hem eski hem de yeni hukukun temel kuralı olduğu halde Maliye bu işlerde, bu temel hukuk kuralının aksine Mecelle'nin deyimi ile "sıfat- ârızada" asıl olanın yokluk değil varlık, yani gelir sağlamış olmak olduğu kuralını uygulamaktadır.[6]

---

4 Mustafa Zerkâ, ***el-Medhal,*** II, 969.
5 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 120.
6 İlhan, ***Mecelle,*** s. 14.

مَاثَبَتَ بِزَمَانٍ يُحْكَمُ بِبَقَائِهِ مَالَمْ يَقُمِ الدَّلِيلُ عَلَىٰ خِلَافِهِ

10- BİR ZAMANDA SÂBİT OLAN ŞEYİN HİLÂFINA DELİL OLMADIKÇA BEKÂSIYLE HÜKMOLUNUR[1]

Binâen alâ zâlik bir zamanda bir şey bir kimsenin mülkü olduğu sâbit olsa mülkiyeti izâle eden bir hal olmadıkça mülkiyetin bekâsıyla hükmolunur.

Bu madde 5. maddenin açıklamasında temas edilen "*Istıshab*"ın tanımıdır. Istıshâb'ın, ya "geçmiş zamanda sâbit olan bir şeyin hilâfına şer'î bir delil olmadıkça şu anda da sâbit olduğu" veya "şimdiki zamanda sabit olan bir şeyin, hilâfına delil olmadıkça geçmiş zamanda da aynı durumda olduğuna hükmolunur" şeklinde iki türlü anlaşılması gerekir.

Buradaki "delil", usul hukuku açısından bir ispat vasıtası olarak değil, maddî hukuk açısından hak doğurucu ya da ortadan kaldırıcı bir kural, bir hukuk kaynağı olarak düşünülmelidir. Bir başka deyişle buradaki delil, günümüz hukukunda "davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunan" (HUMK 238. madde) maddî araçlar (meselâ resmî kayıt ve belgeler, yazılı belgeler, tanık, bilirkişi) değil, hukuk kaynaklarıdır. Bu duruma göre, sabit, mevcut olan bir şeyin (şey, varlık) aksine, hukuk kaynaklarında bir hüküm bulunmaması halinde o şey olduğu gibi kabul edilir. Bir başka deyişle, değişiklik ancak hukukun tanıyıp kabul ettiği yollarla gerçekleştirilebilir.

Bundan dolayı mülkiyeti ortadan kaldıran, hukukun tanıyıp kabul ettiği bir durum olmadığı sürece mülkiyet hakkı devam eder. Meselâ, bir kimse sahibi olduğu taşınmazı resmî şekilde temlik etmedikçe (TMK 706/E.634) ya da o taşınmaz işgal, miras, istimlak, cebri icra veya ilam (TMK 705/E.633) zaman aşımı

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.

(TMK 712, 713/E.638, 639) ile el değiştirmemişse, taşınır ise teslim edilmedikçe o şey üzerinde mülkiyeti devam eder. Mülkiyet hakkının kaybı, günümüz hukukunda da yasal bir sebeple, kural ile (delille) mümkündür.[2]

Bir kimsenin başka birine borçlu olduğu, ikrar veya bir delille sâbit olduktan sonra bu şahıs, borcunu ödediğini ya da kendisinin bu borçtan ibrâ edildiğini iddia etse, söz yeminle birlikte alacaklıya ait olur. Borçlu iddiasını ispat etmeye mecbur olur. Oysa "Berâet-i zimmet asıldır" kâidesi gereğince söz borçlunun olması gerekirdi.[3] Ancak, borçlu ile alacaklı borcun varlığında önceden hemfikir olmaları sebebiyle zimmetin borçla meşgul olması asıl, boş olması bu asla muhalif durumdadır. Dolayısıyla söz hakkında asla, yani zimmetin borçla meşgul olmasına itibar olunacaktır.[4]

Bir kimse ölen bir şahsı kastederek, onun kendisine borçlu olduğunu ve mirasından bu borcun ödenmesini talep etse, şâhitler de bunu doğrularsa, şâhitlerin ayrıca, "bu borç, söz konusu zatın ölümüne kadar zimmetinde idi" şeklinde bir açıklama yapmalarına gerek yoktur. Çünkü mademki ölen şahsın bu kimseye olan borcu, şâhitlerin şahâdetiyle sâbit olmuştur; hilâfına bir delil olmadıkça, sözü edilen maddedeki ıstıshâb kuralı gereğince borcun, vefat anına kadar bâki olduğuna hükmedilir. Dâva konusu şey, deyn (nakdî borç) yerine ayn olsa, yani bu kimse ölen şahsın elinde nitelikleri belli bir malının bulunduğunu iddia etse, durum aynı şekilde değerlendirilir.[5]

---

2 İlhan, Mecelle, s. 15.
3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 54.
4 Ali Haydar, ***a.g.e.,*** I, 50.
5 Ali Ulvi, ***Telhîsu Kavâid-i Külliyye ve'stılâhât-u Fıkhıyye,*** İstanbul 1317, s. 30.

اَلاَصلُ اِضَافَةُ الْحَادِث اِلَى اَقْرَبِ اَوْقَاتِه

11- BİR EMR-İ HÂDİSİN AKREB-İ EVKÂTINA İZÂFESİ ASILDIR[1]

Yani hâdis olan bir işin sebeb ve zaman-ı vukûunda ihtilâf olunsa zaman-ı baîde nisbeti ispat olunmadıkça hâle akreb olan zamâna nisbet olunur.

Meydana gelmiş bir olayın zamanı, içinde bulunulan zamana en yakın olanıdır.

Kâideden de anlaşılacağı gibi konu, yeni ortaya çıktığı kabul edilen durumun ortaya çıkış tarihi ile ilgilidir. Mevcut durumun sonradan mı meydana geldiği, yoksa eskiden beri mi var olduğu tartışma konusu değildir. Böyle bir durumda meselâ, bir kimse başkasının mülkü üzerinde atık su yolu (mesîl) hakkının eskiden beri var olduğunu, yer sahibi de bunun sonradan meydana geldiğini iddia etse söz, kadimliği iddia edene ait olup, diğerinin dâvasını delillendirmesi istenir. Şayet her ikisi de delil getirirse, yer sahibinin sonradan olmaya (hudûs'a) dair getirdiği delil tercih edilir. Ancak sonradan ortaya çıktığında ittifak edilen bir durumun, ortaya çıkış zamanında anlaşmazlık olması halinde, tarih olarak en yakın zamanı savunan kişinin sözü geçerli olur.[2]

Bir kimsenin, ölmeden önce bir ikrarda bulunduğu sâbit olsa, bu ikrarın ne zaman meydana geldiğinde anlaşmazlık çıkması halinde, aksine bir delil olmadığı sürece, bu ikrarın ölüm hastalığı (maraz-ı mevt) esnasında meydana geldiğine hükmedilir.[3]

Bir kimse muhayyer olarak aldığı malı, muhayyerlik süresi dolmadan akdi feshettiğini söyleyerek satıcıya iade ettiğinde satıcı, aksini savunursa fesh, en yakın zaman olan muhayyerliğin biti-

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 32.
2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 125.
3 Bilmen, ***Kâmus,*** I, 259.

şi sonrasına izafe edilir; yani satıcının sözü esas alınır. Aynı şekilde, baba oğlunun malını velî sıfatıyla sattıktan sonra oğul, malının satılması sırasında bâliğ olduğunu ve dolayısıyla satışın geçersiz olduğunu iddia etse, babanın yaptığı akit, en yakın zaman olan çocuğun bulûğuna izafe edilerek satışın iptaline karar verilir.

Bu kâide, "*berâet-i zimmet asıldır*" ve "*bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*" kâideleriyle çatıştığı takdirde, uygulanmaz ve söz konusu iki kâideyle amel edilir. Çünkü bu iki kâide, ona nisbetle daha kuvvetlidir.

HUMK'nun 299. maddesi bu esasa uygun olarak düzenlenmiştir. Bir senedin metinde yazılı tarihten sonra tanzim edildiği iddiası karşısında tarih, Kanunun tayin ettiği şeylerden biriyle ispat edilmezse, ancak ibrâz edildiği günde tanzim edilmiş sayılır. Bir senet tarihi, bunu imza edenlerden birinin ölümü ile ancak ölüm gününde gerçekleşir. Çünkü ölenin imza koyması ihtimali artık kalmamıştır. Senedi imzalayanın ölümünden ne kadar önce senedi tanzim ettiği noktasında taraflar ittifak edemezlerse, senet ölüm tarihinde tanzim edilmiş gibi delil kıymetini hâiz olur.[4]

Yapılamamış ya da usûlüne uygun bulunmayan tebligatta, muhatabın bildirdiği târih tebliğ tarihi olarak kabul olunur. (TK 32. madde). Görüldüğü gibi bu günümüzde de geçerli bir karinedir. Bir başka örnek, zamanaşımı def'idir. Olayın, içinde bulunulan zaman içinde değil, geçmiş zamanda meydana geldiğini ileri süren kimse bunu, yani olayın önceden meydana geldiğini ve aradan geçen süreyi kanıtlamak zorundadır.

Gerek maddî hukukta ve gerekse usûl hukukunda bir olayın, bir işlemin zamanı, hakların kazanılması veya kaybı bakımından fevkalade önemlidir. "İçinde bulunulan zaman" yani "bugün" ilke olarak kabul edilmiş, böylece geçmiş zamana yönelik bildirimler, günümüz uygulamalarında olduğu gibi kanıtlanması gereken iddia konumuna itilmiştir.[5]

---

4 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 607.
5 İlhan, ***Mecelle***, s. 16.

الأَصْلُ فِي الْكَلاَمِ الْحَقِيقَةُ

12- KELÂMDA ASL OLAN MÂNAYI HAKİKATTİR[1]

Hukukta geçerli olan anlam, dilin o kelimeye yüklediği anlamdır. Sözün, kelimelerin anlamı tartışma konusu olursa, dildeki gerçek anlam esas olur, aynı kelimenin veya sözün mecazî anlamları dikkate alınmaz. Hukuk terimleri, anlamı yasalarda belirtilmiş sözcükler şüphesiz öncelik kazanır.[2]

Kâidedeki "*asl*" sözcüğü, delil, genel kural, önceki hal, önceliklilik vb. mânalarına gelse de, burada "*tercih edilen*" anlamında kullanılmıştır.

"*Mâna*" lafızdan kastedilen şey demektir. Belâgatçilere göre, insanın maksadını ifade etme yolları, hakikat, mecaz ve kinâye olmak üzere üçtür. Buna göre, "fenerdeki mumu yak" sözü hakikat, "feneri yak" cümlesi de mecazdır. "Filanın kılıç bağı uzundur" cümlesinden gerçek mânanın kastedilmeyip, bu mânanın gereği olan uzun boyluluğun amaçlanması ise kinâyedir.

Usûlcülere göre ise, maksadı ifade etmek için hakikat ve mecaz olmak üzere iki yol vardır. Onlara göre, kinâî sözlerin bazıları hakikat, bir kısmı da mecazdır. Meselâ, bir adamı *Ebû İbrâhim* şeklinde çocuğuna nispet ederek künyelemek kinaye olmakla beraber, lafzın mânası hakikattir. Ancak, gözleri doğuştan kör olan birini *Ebu'l-aynâ'* (güzel gözlü) olarak künyelemek ise, mecaz anlamlı bir kinayedir.[3]

Hakikat, sözlük olarak kesin gerçek demektir. Terim anlamı ise, karşılıklı hitapta kastedilen mâna için kullanılan sözdür. Sözgelimi, canı yok etmek anlamında kullanılan *katl* lafzı ile hukuk dilinde ölümden sonrasına izafe edilen mülk edindirme anlamındaki *vasiyet* sözcüğü, hakiki anlamdaki lafızlara birer örnektir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 35.
2 İlhan, ***Mecelle,*** s. 17.
3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 60.

Mecaz ise, bir ipucu yani, karine sebebiyle vaz' edildiği mânanın dışında kullanılan lafızdır. *Katil* lafzının acı vermek (*îlâm*), *vasiyet* sözcüğünün de hukukçularca söz verme (*ahd*) anlamlarında kullanılmaları mecaza örnektir. Birincisi sözlük, ikincisi de terim anlamı bakımından asıl vaz' edildikleri anlamlarının dışında kullanılmışlardır.[4] Ancak, mecazın gereklerinden biri de, hakiki mâna ile kullanılan mecâzî mâna arasında bir münasebet bulunması ve bununla beraber hakiki mânanın kastedilmesini engelleyen bir karine de olması gerekir. "Aslanı hamamda gördüm" cümlesinde, "aslan" sözcüğünün cesur adam için kullanılması gibi. Buradaki "aslan" lafzının mecaz anlamda kullanıldığına dair karine "hamam" ifadesidir.[5]

Bu kâidede, bir lafız için hakiki ve mecaz anlamlarının kullanımlarının eşit olması ve birinin diğerine tercih edilmesini gerektirecek bir âmil olmaması durumunda, mecaz yerine hakiki mânanın dikkate alınacağı ifade edilmektedir.

Meselâ "nikah" lafzı, cinsel ilişki anlamında hakikat, sözleşme konusunda mecazdır ve her iki anlam için de eşit kullanımı söz konusudur. Nitekim, "*babalarınızın nikahladıkları kadınları nikahlamayın*"[6] âyetinde, iki mânadan birinin tercihini gerektirecek bir âmil olmadığı için hakiki mâna tercih edilmiştir. Zira bu mâna asıldır ve ondan mecaza dönülecek bir durum da yoktur. Dolayısıyla, babanın ilişkiye girdiği kadınla nikâhlanmanın haramlığı nass ile sâbittir. Babanın, yalnızca nikâh akdi yapıp ilişkide bulunmadığı kadının haramlığı ise, icma' ile sâbit olmuştur.

Şayet, sözün muhatabı fiziken var olmaz veya gerçek anlamın kastedilmesi dinen câiz görülmezse, lafız mecâzî mânaya haml olunur. Torunlarından başka çocuğu olmayan kişinin "malımı çocuklarıma vakfettim" sözü, mecazen torunları için geçerli kabul edilir. Çünkü kelamın hakiki mânasının muhatabı fiziken mevcut değildir.

---

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 133.
5 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 60.
6 Nisa 4/22.

Bir lafzın mecazî anlamının kullanımı hakiki anlamından daha yaygın ise, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre mecazî anlamı; Ebû Hanife'ye göre ise, hakikî anlamı esas alınır. Buna göre, bir kimse buğday yemeyeceğine dair yemin etse, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, buğday ve buğday ürünlerinden yemekle yemini bozulur. Çünkü buğday lafzı mecazen ondan üretilen diğer ürünler için de kullanılmaktadır. Ebû Hanife'ye göre ancak buğday yemekle yeminini bozmuş olur. Zira asıl olan hakiki mânadır.[7]

Bir kimse, bahçesinin ürününü birine vasiyet ederek vefat etse, vasiyet, o sırada bahçede mevcut bulunan ürün için geçerlidir. Yoksa daha sonra elde edilecek ürünleri kapsamaz. Zira "ürün" (semere) lafzı, hakiki anlam olarak "mevcut olan şey"in ismi olup, "yok olan şey"i (ma'dumu) kapsaması ancak mecazen mümkün olabilmektedir ki, hakiki anlamın kullanılması mümkün iken mecaza gidilmez. Fakat vasiyet eden kişi, "sonsuza dek" sözünü zikretseydi, umum mecaza[8] gidilerek, o anda mevcut olan ve olmayan ürünlerin hepsi için geçerli olurdu. Şayet mûsînin vefatı sırasında bahçede ürün yok idiyse, mecaza gitmek bir zorunluluk olacağı için, onun vefatından sonra söz konusu bahçeden elde edilecek ürünlere, vasiyet edilen kişinin hayatı boyunca hak sahibi olduğuna hükmedilir.

"Şu ev Ahmed'e aittir" diyen bir kişi, bu ikrarıyla söz konusu evin mülkiyetinin Ahmed'e ait olduğunu belirtmiştir. Bu kişi sonradan; "bu sözümle, o evin, Ahmed'in kira ile oturduğu meskeni olduğunu kastettim, aslında ev benimdir" dese kabul edilmez ve önceki ikrarıyla sorumlu tutulur. Çünkü öncelikle sözün hakiki anlamı geçerlidir.[9]

---

7 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 133-135.

8 ***Umum mecaz:*** Bir lafzın hakiki ve mecaz manalarını kapsayacak şekilde genel bir manada kullanılmasıdır. "Aslan" sözcüğünün kuvvetli ve cesur biri için kullanılması gibi. Bu mana, mecazî olarak cesur kimseleri, hakiki olarak da hayvan olan aslanı kapsar. (Ali Haydar, ***Durer,*** I, 62)

9 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 63.

لَاعِبْرَةَ لِلدَّلَالَةِ فِي مُقَابَلَةِ التَّصْرِيحِ

13- TASRİH MUKÂBİLİNDE DELÂLETE İTİBAR YOKTUR[1]

Bir şeyin açıkça belirtilmiş olması, dolaylı başka anlamlar çıkarmayı gereksiz kılar.

"Tasrih" sözcüğü "sarih" anlamında kullanılmış olup, kendisiyle maksadın açıkça ve tam olarak ortaya çıktığı lafızdır. Sarih lâfız, hakikat olabileceği gibi, onun ekmeğini kastederek "şu buğdaydan yemeyeceğim" şeklinde mecaz da olabilir. Sarih lafızda niyete itibar edilmez. Dolayısıyla, bir kimse bir mal için, "sattım veya satın aldım" dedikten sonra, "ben satış akdi için niyet etmemiştim" dese, bu sözü kabul edilmez ve akit geçerli sayılır.[2]

Delâlet, bir şeyin halinden başka bir şeyin anlaşılmasıdır ki, birinci şeye "dâl", ikinciye ise "medlûl" denir. Delâlet lafzı, alâmet ve bir şeyin varlığına veya yokluğuna nişane mânasında da kullanılır.[3]

Delâlet, lafzî ve gayr-ı lafzî olur. Bunların her biri de vaz'î, aklî ve tabiî olarak üç şekilde kullanılır.

Bir lafzın, vaz' edildiği (konulduğu) şeye delâleti *vaz'î*, onu konuşan birinin bulunduğuna delâleti *aklî*, inleyen veya öksüren birinin çıkardığı seslerin hastalığa delâleti ise *tabiî*dir. Gayr-ı lafzî olan (lafızla ilgisi bulunmayan) delâletlerden; iki parmağın gösterilmesinin iki sayısına delâleti gibi, bazı hareket ve işaretlerin ifade ettiği anlam vaz'î, bir eserin varlığının onu yapan birinin varlığına delâleti aklî, yüz kızarmasının utanmaya ve sararmasının korkmaya delâleti ise tabiîdir.[4]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.
2 İbn Melek, Mevlâ Abdullatîf, ***Şerhu'l-Menâr fi'l-Usûl***, İstanbul, ty., s. 165.
3 Bilmen, ***Kâmus***, I, 22.
4 Tahânevî, ***Keşşâfu Istılâhâti'l-Funûn***, I, 386, 387, 388.

Kâidede sözü edilen delâlet, lafzın tabiî delâleti ile, gayr-ı lafzî delâletlerin vaz'î ve tabiî olanıdır.

Malı başkası tarafından fuzulî[5] olarak satılan bir kimsenin, bu malın satışına dair iyi dilekleri kabul etmesi, yapılan satışa onay vermesi anlamına gelir ki, bu lafzın tabiî bir delâletidir. Ancak bu kişi, söz konusu satışı açıkça reddederse bu delâlete itibar edilmez.

Bir ev veya dükkânın kapısına asılan kilit, oraya izinsiz girmenin, gayr-ı lafzî vaz'î delâlet yoluyla yasak olduğunu ifade etmektedir. Buraya girebilme konusunda açık izin bulunması, bu delâleti geçersiz kılar.

Bir suçtan sanık olan birinin sorgulanırken, suçla ilgili sorulan sorular sırasında yüzünün sararması veya korku ile titremeye başlaması, onun bu suçla ilgisinin bulunduğuna dair lafzî olmayan tabiî bir delâlettir. Ancak, sanığın suçsuzluğuna dair açık deliller bulunursa, bu delâlet geçersiz olur.

Bir kimse halin delâletiyle bir şeye izinli olduğu halde, o şey konusunda kendisine açıkça bir yasak getirilse, delâlet yoluyla verilen bu izin kalkmış olur. Bu bakımdan bir kimse, sahibinin izniyle bir eve girdiğinde, açıkta duran bardak ile su içerken kaza ile elinden bardak düşüp kırılsa tazmin gerekmez. Çünkü o kimse, bu bardak ile su içmeye halin delâletiyle izinlidir. Fakat ev sahibi, söz konusu bardağa dokunmaması konusunda o şahsı uyarmışsa, halin delâletiyle oluşan izin kalkmış olur. Böyle bir durumda, bardağı kullanır ve kırılmasına sebep olursa, onu tazmin eder.

Vâhibin (hibe eden kişinin) "şu malı sana hibe ettim" demesi, "o malı teslim al" demek anlamında bir delâlet olacağından, açıkça "teslim al" demese bile, kendisine hibe yapılan kişinin (mevhûbun leh) malı teslim almasıyla hibe akdi tamamlanmış olur. Fakat vâhib bu sözü söyledikten sonra, mevhubu lehe malı teslim almamasını söylerse, delâlet yoluyla oluşan teslim alma izni

---

5 ***Fuzûlî satış:*** Başkasına ait bir malın sahibinden izinsiz olarak satılması.

kalkmış olur, mevhubu lehin aynı mecliste dahi malı teslim almaya kalkması gasp sayılır.[6]

Bir vakfın gelirlerinin harcanma yerleri, önceki vakıf yöneticilerinin uygulamalarının delâletiyle belirlenir. Ancak, vakıf senedinde harcama yerleri açıkça belirtilmişse, vakıf yöneticilerinin bunun aksine olan uygulamaları geçerli sayılmaz.[7]

Sarih ifadenin delâlete tercih edilmesi, her iki anlamın birlikte çatışması halinde ve delâletle hüküm verilmezden önce söz konusu olur. Delâletin gereği ile hüküm kesinleştikten sonra sarih ifadeye itibar edilmez.

Meselâ, mal sahibi, bir fuzulînin kendi malını sattığını işittikten sonra parasını istese, bu hareketi delâlet yoluyla, yapılan satışı onaylamak anlamına geleceğinden, daha sonra bu satışı reddettiğine dair sarih ifadesi geçerli kabul edilmez. Bu bakımdan delâlete göre verilen hüküm, sonradan verilen fesih hükmü ile kaldırılamaz.[8] Yani, delâlet yoluyla verilen bir hükmün sonradan açık bir ifadeyle reddedilmesi hukuken geçerli sayılmaz.

Müşteri bir malı satın aldıktan sonra, onun kusurlu (defolu) olduğunu fark etse ve bu malı kabul etmediğini söylediği halde bu kusura razı olduğuna delâlet edecek şekilde onu kullansa, sarih ifadesinin dikkate alınmayıp malı kabul etmiş sayılması bu kâidenin istisnalarındandır.

Diğer taraftan, bir beyan açıksa maksat meydandadır. Beyanı yapan kimsenin gizli bir maksadı olup olmadığını araştırma tehlikelidir. Beyanda bulunan gizli bir maksat takip etmiş olsa bile, bu maksadı değil, açığa vurulan maksadı esas tutmakta sosyal zorunluluklar vardır.[9]

---

6 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 64.

7 İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer, ***Reddu'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr,*** İstanbul 1984, IV, 412-413.

8 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 64-65.

9 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri",*** s. 568.

لاَ مَسَاغَ لِلاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ

14- MEVRİD-İ NASSDA İÇTİHADA MESAĞ YOKTUR[1]

Açık yasa hükmü varsa içtihad yoluna gidilmez.

"İçtihad"; dinin hükümlerini talep yolunda müçtehidin olanca gücünü harcamasıdır.[2]

Hakkında nass bulunan bir meselede içtihad yapılamaz; şer'î hüküm nass ile kesinleştiği takdirde, onun için ayrıca içtihada ihtiyaç olamaz. Çünkü içtihad, zan ifade ettiği için onunla elde edilen hüküm de zannî olur. Nassla sâbit olan hüküm ise, içtihadın aksine kesinlik ifade eder. Dolayısıyla kesinlik ifade eden bir şey, zannî olan şey için terk edilemez.

Burada sözü edilen nass, Kitap, Sünnet ve İcma'dır. Diğer taraftan, teknik bir terim olarak nass sözcüğü ile kastedilen, usûl-ü fıkıhta lafzın, açıklık yönünden kesinlik derecesini ifade eden bölümlerinden *müfesser* ve *muhkem* olanıdır. Zira bu vasıftaki lafızlar, yeterince açık olup yoruma kapalıdır. Oysa *zâhir* ve *nass* niteliğindeki lafızlar, tevile açık olmaları sebebiyle içtihat alanı içindedirler.[3]

Bir nass hüviyetinde olan, *"alış veriş yapanlar ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler"*[4] hadisine rağmen, Hanefî ve Şâfiî ekollerinin meclis muhayyerliği konusunda farklı hükümleri savunmaları, başka bir deyişle nass bulunan bir konuda içtihatta bulunmaları, söz konusu hadisin te'vil ihtimali taşıması sebebiyledir. Şâfiî hukukçular, hadisin lafzındaki *"ayrılma"* sözcüğünü *"bedenen*

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.

2 Gazâli, Hâmid Muhammed b. Muhammed, ***el-Mustasfâ fî İlmi'l-Usûl***, Bulak 1324, II, 350.

3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 147.

4 Buhârî, ***Buyû'*** 42, 44, 47; Muslim, ***Buyû'*** 45; Ebû Davud, ***Buyû'*** 51; Nesâî, ***Buyû'*** 9, 11.

ayrılma" olarak değerlendirip, meclis muhayyerliğini kabul ederlerken; Hanefî hukukçular ise, hadiste sözü edilen bu lafzı *"söz yönünden ayrılma"* şeklinde yorumlayarak meclis muhayyerliğinin bulunmadığı kanaatine ulaşmışlardır.[5]

Sonuç olarak, Kur'an-ı Kerim'de alkollü içki içme, kumar oynama,[6] domuz eti ve leş yeme, akıcılık vasfı olan kanı içme,[7] gibi haramlığı açıkça belirtilen hususlar ile, alış verişin helalliği, tefeciliğin haramlığı,[8] hamile kadının iddet süresinin doğumla sona ermesi[9] gibi hükmü açık ve kesin olarak belirtilen konularda, bu hükümlerin tersine içtihat yapılması geçersizdir.

Öte yandan aynı durum, sahih hadislerde hükmü belirtilen hususlar için de söz konusudur. Bu sebeple, İslâm muhâkeme usûlünde önemli yeri bulunan, *"ispat yükümlülüğünün dâvâcıya, yemin etmenin de dâvâlıya ait olduğunu"*[10] belirtilen hadiste de içtihada gidilemez.

İslâm miras hukukunda, ana-baba bir erkek ve kız kardeşler bulunmadığı takdirde, baba bir erkek ve kız kardeşlerin, ana-baba bir erkek ve kız kardeşlerin yerine geçmesi icma' ile sâbit olmuştur.[11] Bu icma'a uygun düşmeyen içtihat da yapılamaz.

Malını vakfeden ya da vasiyet eden kişinin kullandıkları lafızlar ve koydukları şartlar, hukukun genel ilkelerine ters olmadığı sürece kavram ve delâlet bakımlarından Şâri'in nassı hükmünde olup, gereği ile amel edilmesi gerekir. Yani vâkıf ve mûsînin amacına muhalif içtihat ve yorum yapılamaz.

---

5 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 66.
6 Mâide 5/90.
7 Nahl 16/115.
8 Bakara 2/275.
9 Talak 65/4.
10 Buhârî, ***Rehin*** 6; Tirmizî, ***Ahkâm*** 12; İbn Mâce, ***Ahkâm*** 7.
11 İbnu'l-Munzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhim, ***Kitâbu'l-İcma'***, trc: Abdulkadir Şener, Ankara 1983, s. 48.

Şeyh Ahmed Zerkâ'nın, nass bulunan veya bulunmayan her konuda içtihat kapısının fiilen kapandığı bir ortamda böyle bir maddenin konmasının ne anlam ifade ettiğine dair değerlendirmesini, farklı bir bakış açısı getirmesi sebebiyle özetlemek istiyoruz:

"Söz konusu kâidenin konma amacı, muhtemelen müftü ve kadıların, eşit iki rivayet veya birbirine denk iki fetvanın birini tercih konusunda üstlendikleri içtihat görevinde, sınırlarını aşmamaları ve titiz davranmaları gerektiğini îma etmektir... Meselâ, borçlunun -şayet varsa- malını ortaya çıkarmasını sağlayacak hapis süresinin belirlenmesi; suçluya verilecek hapis, dövme veya yüz ekşitme gibi onu engellemeye yetecek cezanın takdiri; babanın veya vasînin küçük çocuğun malını satmasının çocuğun yararına olup olmadığının kararı; zamanın şartlarına göre mahkemede, şâhitlere yemin ettirilip ettirilmemesine karar verilmesi gibi konularda hâkime içtihat yetkisi tanınmıştır.

Muhtemeldir ki, bu kâidenin konuş amacı, hakimleri bu tür içtihatlarla sınırlamak, kendi görev alanları dışında, ihtilaf bulunan hususlarda içtihat yapmalarına cevaz vermemek ve mezhep imamlarının görüşlerinden tercih edenlerin tercihlerine uymalarını sağlamaktır. "Resmi'l-Muftî"de açıklandığı üzere, müftü ve kadının bu tercih edilen hükümlere muhalefet etme yetkileri yoktur; etseler de kabul edilmez. Zira bu yaptıkları, nassın bulunduğu yerde içtihat yapmak anlamına gelir; bu ise caiz değildir. Kaldı ki, burada nasstan maksat, mezheb kitaplarından nakledilen görüş ve içtihatlardır."[12]

Sözü edilen kâide için böyle bir değerlendirme, ilk anda bu kâidenin konuş amacı ile ilgisinin bulunmadığını akla getirmekte, hatta mezheb taassubundan doğan bir taklitçiliği teşvik eder bir durum arz etmektedir. Ancak, İslâm hukuk ekollerinden tercih edilen içtihatların, yürütme yetkisi bulunan kişi veya kuruluşlar tarafından, uyulması zorunlu bir kanun metni haline getirilmesi

12 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 148-150.

halinde, bu değerlendirmedeki anlayışın geçerli olması mümkündür. Nitekim günümüz modern hukuk sistemlerindeki kanun metinleri bir çeşit nass hükmünde olup, hâkimin takdir yetkisi içinde kalan yorumları dışında, kanunun amacına ters bir içtihatta bulunmasına izin verilmemektedir. Böyle bir durumun meydana gelmesi halinde problem, bir üst mahkeme veya içtihatları birleştirme işlevi gören merciler tarafından çözümlenmektedir. Sözgelimi küçüğün ana babasının veya vasisinin rızası olmadan evlenemeyeceğini emreden kanuna (TMK 126/E.90) rağmen, böyle bir rıza olmadan evlenen küçüğün evliliğinin feshedilmesine dair açılan davayı hâkim içtihat yoluyla reddedemez. Zira açık yasa hükmünün bulunduğu durumlarda içtihada izin verilemez. Medeni Kanunun 1. maddesi, hâkime ancak kanunda açıklık bulunmayan durumlarda kanun koyucu gibi hüküm verme yetkisini vermiştir.

Kâidede nass olarak kastedilen Kitap, Sünnet ve icma'ın, özellikle vahye gerek olmadan ama vahyin çizdiği genel çerçevede akılla algılanabilen hukuk düzenine dair amaçlarının ciddi bir tefekkür ve araştırmayla tespit edilmesi halinde, bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik olarak, bu konularda yeni içtihatların yapılıp yapılamaması, üzerinde düşünülmeye değer bir konudur. İbâdetler gibi, dinin akılla bilinemeyen, yani teabbudî olan sem'î konuları zaten kıyas ve içtihat alanının dışındadır. Ancak insanların ilişkilerini düzenleyen hukuk sistemine dair nasların, o günkü ortamın sosyal, ekonomik, kültürel ve bölgesel şartlar ve değer yargılarıyla yakın ilişkisi söz konusudur. Bu sebeple, konu ile ilgili nasların lafızlarının geldiği ortamdaki ifade ettiği anlamlarını değişmez tabular görüp yeni yorumlardan uzak tutmak, o nasların amaçlarının gerçekleşmesinde ciddi zaaflar doğmasına sebep olabilmektedir. Bu konuda özellikle Hz. Ömer'in farklı içtihat ve uygulamaları önemli bir rehber niteliğindedir.

مَا ثَبَتَ عَلَى غَيْرِ الْقِيَاسِ فَغَيْرُهُ لاَيُقَاسُ عَلَيْه

15- ALÂ HİLÂFİ'L-KIYAS SÂBİT OLAN ŞEY SÂİRE MAKÎSUN ALEYH OLAMAZ[1]

Kurallarına aykırı olarak yapılan kıyasın sonucuna göre hüküm kurulamaz.

"Kıyas"; hakkında nass bulunan bir meselenin hükmünü, aralarındaki illet benzerliği sebebiyle hakkında nass bulunmayan meseleye tatbik etmektir. Bu tanıma göre, kıyas dört rükünden meydana gelmektedir.

Asl; hükmü ortaya koyan nass olup *"hükmün kaynağı"* anlamına da gelir. *Fer';* hakkında nass bulunmayan meseledir. *Hüküm;* kıyas vasıtasıyla asl'dan fer'e geçmesi istenen şeydir. *İllet;* hem asl hem de fer'de bulunan vasıftır ki bu, hükmün doğmasına sebeptir.[2]

Kâidede geçen "*makîsun aleyh*" sözcüğü bu rükünlerden "*asl*"ın karşılığıdır. Buna göre kâidenin anlamı; bir konunun hükmü kıyasa aykırı olarak sâbit olmuşsa, bu hüküm ona benzer konuların kıyas edilmesi için "*asl*" yani "*makîsun aleyh*" vasfını haiz olamaz. Bu sebeple konu ile ilgili ayrıca şu kâide zikredilmiştir: *"Kıyasa aykırı olarak sâbit olan nass, kendi konusu ile sınırlı tutulur."*[3]

Namazda kahkaha ile gülmenin abdesti bozması, kıyasa aykırı bir durum olduğu için hadisin vârid olduğu konu ile, yani normal bir namazla sınırlı tutulur. Dolayısıyla buna kıyas edilerek, cenaze namazında ve tilâvet secdesinde kahkaha ile gülmenin abdesti bozduğuna hükmedilemez.[4]

---

1 Hâdimî, Ebû Said, ***Menâfiu'd-Dekâik fî Şerhi Mecâmiu'l-Hakâik,*** İstanbul 1318, s. 331.
2 Ebû Zehrâ, ***Metodoloji,*** s. 198.
3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 67.
4 Kırkağacî, ***Kavâid,*** s. 85.

Sabah namazının sünnetinin, öğle vakti girmeden kaza edilmesi de özel bir sebebe binâen meşru kılınmıştır. *Ta'rîs* olayı diye bilinen, Hz. Peygamber'in ashabıyla birlikte Hayber dönüşü bir vadide uyuyakalarak sabah namazını kaçırmasından sonra namazı sünnetiyle birlikte kaza etmesi, zevalden yani öğle vakti girdikten sonra veya başka zamanlarda da sabah namazının sünnetinin kaza edileceğine dair bir makîsun aleyh olamaz.[5]

İslâm hukukuna göre olmayan bir şeyin (ma'dum) satışı bâtıldır. Kira sözleşmesinde satışa konu olan menfaat, fiziken var olmayan bir şey olması sebebiyle bu konuda yapılan akdin kıyasa göre geçersiz olması gerekmektedir. Ancak kira akdinin cevazı, zorunluluktan doğan genel bir uygulama ile kıyasa aykırı olarak sâbit olmuştur. Dolayısıyla bu husus, benzer nitelikteki diğer uygulamaların kendisine kıyas edilmesi için makîsun aleyh olamaz. Sözgelimi, bir ev veya dükkânın kullanımına dair menfaatin, benzer ev veya dükkânın menfaatiyle değiştirilmesi caiz değildir. Çünkü kira akdinde menfaatin mal sayılması kıyasa aykırı olarak sâbit olmuştur. Bu konuya kıyasla kira dışında, menfaatin takasa konu olabilecek bir mal olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz.

Çıkacak ürünün bir kısmını alma karşılığında bir zirâî işçilik sözleşmesi olan *müzâraa* akdi ile[6] ağaçlardan elde edilecek meyvenin bir kısmı karşılığında bahçenin ağaçları için bakım sözleşmesi olan *müsâkât* akdi kıyasa aykırı olarak meşru görülmüştür.[7] Bu meşruiyetin sebebi, Hz. Peygamber'in Hayber arazisindeki uygulamasıdır.[8] Aynı uygulamayı esas alarak zeytin ve susamın, işçilik bedeli içinden olmak üzere yağını sıktırmak ya da pamuğu iplik yaptırmak caiz olmaz. Zira makîsun aleyh durumundaki müzâraa ve müsâkât akitlerini kıyasa muhalif olarak sâbit kılan naslar, ilgili konu ile sınırlı tutulur.

---

5 Kırkağacî, ***Kavâid***, s. 77.

6 Merğınânî, Burhanuddin Ali b. Ebî Bekr, ***el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî***, Beyrut 1995, IV, 337.

7 Mevsılî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, ***el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr***, Beyrut 1975, III, 79.

8 Nesâî, ***Eymân*** 46.

İstısna' (eser siparişi) akdi ile şuf'a (öncelikli alım hakkı) hakkı da "alâ hilâfi'l-kıyas" sâbit olmuştur. Bir ağacın hiç belirmemiş olan meyvasının satışı, istısna' akdine kıyas edilerek caiz görülemez. Şuf'a hakkı da, bu meşruiyeti sebebiyle bir akde ıvaz kabul edilemez, bu hakkı kullanmamaya karşılık bir bedel alınamaz.[9]

Hanefî hukukçuların kıyası *âhad haber*[10]e tercih etmeleriyle, vakıf konusunda *mürsel hadis*[11]le amel etmek suretiyle âhad haberi kıyasa tercih etmeleri konusunda bir çelişki yoktur. Birincisinin sebebi, makîsun aleyh'in hükmünün kesin dellille sâbit olması, ikincisindeki sebepleri ise, makîsun aleyh'in hükmünün âhâd haberle gerçekleşmiş olmasıdır.[12]

Ceza hukukunda kıyas olmaz. Cezaların kanunîliği ilkesi buna izin vermez. Dolayısıyla ceza hukukuna dair bir kıyas yapıp o kıyasın sonucuna göre başka bir cezâî hüküm kurulamaz.

Yasal dayanağı olmayan idarî tasarruflar geçersizdir. Kıyas yoluyla idarenin yetkili kılınması, idarî tasarrufa geçerlik kazandırılması mümkün olamaz. [13]

---

9 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 67.

10 *Ahad haber:* Birer kişi tarafından rivayet edilmiş haberdir. Usûl kitaplarında haberler, onları rivayet edenlerin sayılarına göre iki gruba taksim edilmiş, bir kısmına mütevâtir, diğer kısmına âhâd denmiştir. Daha sonra âhâd haberler de garîb, aziz ve meşhûr olmak üzere üç kısımda mütâla edilmiştir. Garîb en çok bir kişinin, aziz iki, meşhur ise üç ve üçün üstünde, fakat mütevâtirin şartı olan kalabalığın altındaki kişilerin rivayet ettikleri haberlerdir. Mütevâtir derecesine ulaşmamış olan meşhur haberler bile âhâddan sayılmıştır. (Talat Koçyiğit, ***Hadis Istılahları,*** Ankara 1980, s. 22, 23.)

11 *Mursel hadis:* Hz. Peygamber'e yakın bir devirde yaşamış olmaları dolayısıyla, sahabenin çoğunu gören ve onlarla sohbette bulunan tâbiîlerin, işittikleri sahâbîleri atlayıp doğrudan doğruya Hz. Peygamber'e isnadla *kâle Rasûlüllah* diyerek rivâyet ettikleri hadislere *Mursel* denmiştir. (Koçyiğit, ***a.g.e.,*** s. 291.)

12 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** 152-153.

13 İlhan, ***Mecelle,*** s. 21.

الاجْتِهَادُ لاَيُنْقَضُ بِمِثْلِه

16- İÇTİHAD İLE İÇTİHAD NAKZ OLUNMAZ[1]

İçtihad içtihad ile bozulmaz. İçtihadlar, aynı derecede birer zannî delil olduklarından, kat'î olan nasslara aykırı olmadıkları sürece, biri ile diğerini geçersiz kılmak caiz değildir. Bu sebeple bir müçtehid, başka bir müçtehidin içtihadını bozamayacağı gibi, kendisine ait önceki içtihadını da ikinci içtihadı ile bozamaz. Meselâ, bir hâkim, bir şahsın şehâdetini, şâhitlik vasfını taşımaması sebebiyle reddetmiş bulunsa, daha sonra, o şahsın bu vasfı kazandığına hükmederek, aynı konuda şahâdetini kabul edemez.[2] Çünkü ikinci içtihad birincisinden daha kuvvetli değildir. Ayrıca, bir içtihat diğerini bozsaydı, onu da bir diğerinin bozması caiz olur ve böylece istikrarsızlığa yol açılmış olurdu.

Hz .Ömer, Hz. Ebû Bekr'in hilâfeti sırasındaki içtihadî uygulamalarına muhalefet etmiş, daha sonra kendi hilâfeti döneminde bu içtihatlardan meydana gelen hükümleri bozma yönüne gitmemiştir.

İçtihadın içtihadı bozmaması, karar verilen hükümler içindir. Yani, içtihatla karar verilmiş bir hüküm başka bir içtihatla değiştirilemez. Ancak, yeni dâva konusu olan benzer bir meselede öncekinden farklı bir içtihadla hüküm verilebilir ve bu içtihad önceki hükmü etkilemez. Nitekim Hz. Ömer'in, benzer iki olayda farklı hükümler vermesi, sebebini soranlara da; "onun için öyle hüküm vermiştik, buna da böyle hükmediyoruz" cevabını vermiş olması bunu teyit etmektedir.[3]

Hz. Ömer, işlerinin çokluğu sebebiyle kadâ işlerini Ebu'd-Derdâ'ya bırakmıştı. Aleyhine hüküm verdiği gerekçesiyle onu şikâyet eden kişiye Hz. Ömer; "ben Ebu'd-Derdâ'nın yerinde ol-

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 53.
2 Bilmen, ***Kâmus,*** I, 260.
3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 68; Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s.155.

saydım senin lehine hükmederdim" cevabını verince bu kişi, "o halde hükmün lehime çevrilmesini engelleyen ne?" diye sormuş, Hz. Ömer bunun üzerine, "bu konuda nass olmadığına göre herkesin bir görüşü vardır, yani bir kişinin görüşünün diğerine üstünlüğü ve ayrıcalığı yoktur" şeklinde cevap vermiştir.[4]

Bir içtihadın diğer bir içtihadla bozulamaması, dâvânın aslı hakkındaki hüküm ile alakalıdır. Asıl konunun yan hükümleri ile ilgili hususların, önceki içtihatla sınırlanması söz konusu olamaz. Meselâ, Şâfiî bir hâkim bir taşınmazın satışına karar vermişse, Hanefî bir hâkim, önceki hâkim kabul etmemiş olduğu halde, komşuluktan doğan şuf'a hakkının varlığına karar verebilir. Çünkü şuf'a hakkı, ilk içtihattaki satış hükmünün yan unsurudur. Aynı şekilde, hâkimin bir vakfın meşrûluğuna karar vermesi, onun şartlarına karar verdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla vakfın şartlarında bir anlaşmazlık meydana gelmesi durumunda, bu konu önceki müçtehidin konusu olmadığı için, onun içtihadından farklı bir içtihatla çözümlenebilir.[5]

Bazen hâkim haksız yere hüküm verebilir ve sonunda gerçek ortaya çıkabilir. Şayet bu haksızlık, mal intikali veya talak gibi telafisi mümkün olan bir şey ise; sözgelişi bu haksız hükme sebep olan şâhitlerin, iftiracı olmaları sebebiyle ceza görmüş olduklarının ortaya çıkmasıyla hüküm bâtıl olur, mal ve evlilik eski konumuna döner. Eğer, hata kısas gibi telafisi mümkün olmayan bir husus ise, diyet hakimin malından ödetilir. Ancak bu durum, hâkimin yaptığı hatanın bir delille ispatlanması veya lehine hüküm verilen tarafın ikrarı halinde söz konusudur. Haksız verilen hüküm, hâkimin ikrarı ile ortaya çıkmış ise, lehine karar verilen kişi hakkındaki hüküm iptal edilmez.

Bütün bunlar, kul hakları ile ilgili hatalar için geçerlidir. Zina, hırsızlık, içki içme cezası gibi Allah hakları (kamu hakları) konusunda, yanlış hüküm sonucu yapılan uygulamaların tazmini dev-

---

4 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 69-70.

5 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s.155-156.

let bütçesinden karşılanır. Şayet bu hatada hâkimin bir kastı olduğu ortaya çıkarsa, tazmin bedeli onun malından alındığı gibi kendisi de cezalandırılır ve görevinden azledilir.[6]

Diğer taraftan, kamu yararı bir içtihadın bozulmasını gerektiriyorsa, başka bir içtihat ile onun bozulması caizdir. Meselâ, bir müçtehidin içtihadı, kamu yararı açısından uygun görülerek kanun haline getirilip belli bir süre geçtikten sonra, buna muhalif olan başka bir müçtehidin içtihadının, kamu yararı açısından daha uygun olduğu anlaşılırsa, önceki kanunun yerine bu içtihat kanun haline getirilebilir.[7]

Günümüz hukukunda, temyiz mahkemesi tarafından onanmayan mahkeme kararları, itiraz süresi dolmadan kesinlik ifade etmez. Bu bakımdan süresi içinde itiraz edilen mahkeme kararlarının bir üst mahkemece bozulması, içtihadın içtihadı bozduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla bu kâide günümüz hukuku açısından da geçerlidir.

İçtihadın günümüzde iki anlamı vardır: Birisi, hukukçuların herhangi bir hukukî mesele hakkındaki görüş ve düşünceleri; diğeri -yaygın olarak kullanılanı- mahkemelerin, özellikle Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkemelerin, yasaların olaylara uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar hakkında aldıkları hukukî hararlardır. Kararlarda çelişki olması halinde duruma göre adlî yargıda Yargıtay veya idarî yargıda Danıştay genel kurulları mahkemeleri bağlayıcı içtihadı birleştirme kararı verirler.

İçtihad ancak eylemler, olayla yani maddî olgular ya da yasalar ve yasa hükümleri ile çürütülebilir. İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı niteliği, onlara bir yasa hükmü gücü verir, aykırı kararların bozulması sonucunu doğurur. "İçtihad içtihadla çürütülemez" kâidesi, düşünceler ve içtihadı birleştirme kararları dışındaki mahkeme kararları için geçerlidir.[8]

---

6 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtâr,*** V, 418.
7 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 70.
8 İlhan, ***Mecelle,*** s. 21.

اَلْمَشَقَّةُ تَجْلُبُ التَّيْسِيرَ

17- MEŞAKKAT TEYSİRİ CELB EDER[1]

Yani suûbet sebeb-i teysîr olur ve darlık vaktında vüs'at gösterilmek lâzım gelir.

Karz ve havâle ve hacir gibi pek çok ahkâm-ı fıkhiyye bu asla müteferridir ve fukahânın ahkâm-ı fıkhiyyede gösterdikleri ruhas ve tahfifat hep bu kâideden istihrac olunmuştur.

Sıkıntı, kolaylık yollarının açılmasını sağlar.

İslâm dininde kolaylık önemli bir prensiptir. Zorluk ve sıkıntı söz konusu olduğunda, konunun çözümü için kolaylık yönüne gidilir ve insanların hayatının kolaylaştırılması esas alınır. Sözgelimi açlıktan ölüm tehlikesi yaşayan birinin yasak olan ölü ve domuz etini yiyebilmesi ve sonradan tazmin etmek üzere başkasına ait bir malı izinsiz alıp kullanabilmesi, bu kolaylık prensibinin insan hayatına yansıyan sonuçlarıdır. Ancak bir konuda kolaylığa gidilmesi, o konu ile ilgili nasslarla çatışmaya da yol açmamalıdır.

Kâidede sözü edilen meşakkat, şer'î yükümlülüklerin özünde bulunan zorluklar değildir. Yani cihattaki zorluk, hadlerin ve kısasın suçlulara, canilere ve bozgunculara uygulanmasındaki acı ve zorluklar kolaylığa ve hafifletmeye konu edilemez.[2]

Yolculuk durumu, ibâdetler konusunda önemli kolaylıklar sağladığı gibi, hukukî yönden de birçok ruhsatlara imkân vermektedir. Seferde iken yanındaki arkadaşı ölen kişi, mahkemeden izin alma imkânı olmadığı takdirde, velî veya vasî sıfatı olmamasına rağmen, ölen arkadaşının malını satıp, vârisleri adına saklama yetkisine sahip görülmüştür. Emek-sermaye (mudârebe) şirketinde emekçi konumunda olan mudârib için, yolculuk sırasında şirket malından harcama yetkisi tanınmıştır.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 37.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 72; Ali Ulvi, ***Telhîs,*** s. 41.

Muhâkeme usûlünde hâkimin, yanında bulunan dâvacının şâhitlerinin şâhitliklerini, dâvalının bulunduğu yerdeki hâkime yazı ile bildirmesi, yine yolculuk meşakkati sebebiyle sağlanan kolaylığın sonucudur.

Hasta olan kişilere uygulanacak had cezaları, o kişi iyileşinceye kadar tehir edilir. İslâm hukukunda zifafa girmiş olmak hükmünde kabul edilen *"halvet-i sahîha"*,[3] kişinin cinsel ilişkide bulunamayacak derecede hasta olması halinde hukuken geçerli kabul edilmez.

Dininden dönmesi hususunda ikrah söz konusu olduğunda kişiye, kalbi iman ile mutmain olması kaydıyla küfür sözcüklerini kullanma ruhsatı verilmiştir.[4]

Şuf'a hakkı bulunan birinin, bu hakkı doğuran satıştan haberi olmaması halinde, şuf'a hakkını kullanma isteğinin tehir edilmesi kabul edilir. Vekil veya kadı azledildiklerinden, mahcûr da hacr edildiğinden haberdar olmadıkları takdirde, durum hakkında bilgi sahibi oluncaya kadarki tasarrufları geçerli sayılır.

Zorluk ve genel sıkıntı sebebiyle doktorun, sünnetçinin ve şahidin yabancı birinin avret mahalline bakması ve aldanmayı veya daha sonraki pişmanlığı kaldırmak için şart muhayyerliği caiz görülmüştür. Bey' bi'l-vefâ, müzâraa, müsâkât, selem, icâre, âriyet ve mudârebe gibi İslâm hukukunda kıyasen caiz olmayan pek çok muamele, insan hayatındaki sıkıntıları kaldırmak için meşru kılınmıştır.[5]

---

3 ***Halvet-i sahîha:*** Evlilikte zifaf, yani hukuken meşrû olan cinsel ilişki, kadın için erkek tarafından verilecek olan miktarı belli mehrin (mehr-i müsemmâ) tamamının kadın tarafından hak edilmesine sebeptir. Aralarında nikah akdi olan çiftin, cinsel ilişki için fizikî, dinî ve tıbbî bir engel olmaksızın yalnız kalmaları *halvet-i sahîha* olarak adlandırılır ve zifaf hükmünde kabul edilir. Çiftin birlikte olduğu yerin kapısının açık olması fizikî, günün Ramazan olması dinî, kadının ilişkiye engel tıbbî bir rahatsızlığının bulunması ise tıbbî engeldir. (Bilgi için bkz. Merğınânî, ***el-Hidâye,*** I, 200)

4 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtâr,*** VI, 134.

5 Ali Haydar, ***Durer,*** 70, 71-72.

İslâm hukukunda *hile-i şer'iyye* olarak adlandırılan çare müessesesi bu kâidenin ürünüdür. Normal hukuk çerçevesinde yasak olan bir kısım şeyler bu yolla meşru kılınmıştır. Bey' bi'l-vefâ bunun tipik örneğidir.

Bugünkü hukukta müelliflerin çoğu kanun hilesiyle meşru menfaatlerin korunabileceğini kabul ederler.

İsviçre Federal Mahkemesi, belirli bir vasıta ile bir sonucun temini yasaklanmışsa, diğer meşru bir vasıtaya müracaat ile bu sonucun teminini hüsnüniyet kâidesine aykırı bulmamaktadır. Medeni Kanunun 2. maddesi, hakkın sırf başkasına zarar veren suiistimalini yasak etmiş olduğundan, belirli bir kişi için zarar doğurmayıp bilakis bir zararı önlemek için başvurulacak her türlü kanun hilesi caiz sayılmalıdır. Federal Mahkeme âmme hukuku sahasında toplumun ciddi menfaatlerini tehlikeye düşürmeyen kanun hilelerine müsamaha etmektedir.[6]

Borçlar Kanunu, kusura dayalı hukukî sorumluluğu kabul ettiği halde, Yargıtay 27.03.1957 tarihli 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile hayat şartlarının zorlamasına dayanarak bu kuralı genişletmiş, kusursuz sorumluluk ilkesini hukukumuza kazandırmıştır. Bunun gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kira bedeli artışlarını sınırlandıran yasa hükmünü 26.03.1963 tarihli 963/3-7 sayılı kararı ile iptal etmesi üzerine Yargıtay 16.11.1964 ve 21.11.1966 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile ihtiyaçların, olayların zorlamasıyla Borçlar Kanunu'nun 1, 2 ve Medeni Kanunun 4. maddesi açık hükümlerine göre, sözleşmelerin geçersizliğine karar verecek yerde, "...kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun" "hakim tarafından doldurulmasına" karar vermiş, adlî yaşamımızda önemli bir yer tutan "kira tespit davaları" uygulamasının yolunu açmıştır.[7]

---

6 Belgesay, ***"Mecellenin Küllî Kâideleri"***, s. 582-583.

7 İlhan, ***Mecelle***, s. 23.

اِذَا ضَاقَ الاَمْرُ اتَّسَعَ

18- BİR İŞ ZÎK OLDUKDA MÜTTESİ' OLUR[8]

Yani bir işte meşakkat görülünce ruhsat ve vüsat gösterilir.

Bir önceki kâidenin devamı niteliğinde olan bu maddeye göre, fazla sıkışan iş kendi kendine genişler. Bu bir hayat felsefesidir. Bir işte, bir konuda zorluk kolaylığı içerir. Bir işin, bir konunun çerçevesi daralırsa genişler, zorluğun içinde kolaylık, darlığın içinde genişlik vardır. Bir işte zorluk görülürse esnek davranmak, geniş açılı değerlendirmelere izin vermek gerekir. Bir başka deyişle daralan, sıkışan her konu, her iş, aynen fizikte olduğu gibi bir genişlemeye, kolaylığa yol açar.[9]

Hayatın gidişatını sıkı kurallarla tanzim etmek imkânsızdır. Meşhur bir Arap deyişiyle, *"haddini aşan her şey aksine sonuç verir."* Meselâ, bütün malı ve kazancı haciz tehdidi altında bulunan borçlu, tabii hakkı olan yaşama imkânları bulabilmek için, ne kadar namuslu olursa olsun, mallarını kaçıracak her türlü hilelere başvuracak, izini belli etmemek için elinden gelen her şeyi yapacaktır. Dolayısıyla bu durumda alacaklı, onun malından haciz yoluyla alacağını tahsil imkânı hiç bulamayacaktır. Oysa alacaklıya ancak borçlunun yaşaması için zorunlu miktardan fazla olan mal ve kazancını haciz yetkisi verilirse, borçlu kaçacak yerde aza kanaat ederek çalışabilir. Kişi geç de olsa alacağını alabilir.

İnsanların yaşama, sağlık, hürriyet, itibar ve şeref gibi tabii haklarını tehlikeye düşürecek derecede ileri giden sıkı bir kanun hükmü, mahkeme kararı veya idari tedbir genellikle gâyesini sağlayamaz. Halk, bu ağır hükümlerden kaçınmak için çareler arar, türlü hilelere başvurur. Tarihte, isyanların başlıca sebebi, otoriteyi

---

8 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 42.
9 İlhan, ***Mecelle,*** s. 24.

ellerinde bulunduranların haddi aşan tedbirlerle halkı idare etmeye kalkmalarıdır.[10]

Borcunu ödemeye güç yetiremeyen kimseye, ödeme gücü elde edinceye kadar süre tanınması veya toptan ödeyemeyen kimseye taksit imkânı verilmesi bu kâide gereğidir.[11] Aslında bu hükmün dayanağı, Kur'an-ı Kerim'deki *"şayet borçlu sıkıntıda ise, eli genişleyinceye kadar ona zaman tanıyın"*[12] âyetidir.

Hırsız ve teröristlerin halka zarar vermelerini engellemek amacıyla, gerektiğinde onların öldürülmesine cevaz verilebilir. Hz. Ali, isyancılar için: "Peşlerinden gitmeyin, yakalayınca hemen öldürmeyin" buyurmuştur. Zira onlarla savaşmanın amacı zararlarını def' etmektir. Onların kaçmaları veya yaralanmalarıyla maksat hasıl olduğundan bundan fazlasını yapmak caiz olmaz. Çünkü bir özre binaen caiz olan şey, o özrün kalkmasıyla caiz olmaktan çıkar.[13]

İslâm hukuk usûlünde *feth-i zerâyi'* (iyiliğe götüren yolların açılması) diye adlandırılan fer'î delil de aynı amaca yönelik olarak konmuştur.

Müslüman esirleri kurtarmak için düşman devlete fidye verilmesi caiz görülmüştür. Aslında bu durum, düşmanı güçlendireceğinden dolayı yasak olması gerekirken, bir grup müslümanın hayatını kurtarmaya ve dolayısıyla bütün müslümanların güçlenmesine vesile olacağı için bu yasak göz ardı edilmiştir. Şerrinden korunmak için düşman devlete para vermek de böyledir.

Hacı adaylarının hacca giderken, yolculuk yapmalarını engelleyen yol kesicilere, mecbur kalınca para verip yollarına devam etmelerine bazı hukukçular cevaz vermiştir.[14]

---

10 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 583.
11 Ali Ulvi, ***Telhis***, s. 42.
12 Bakara 2/280.
13 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 163.
14 Ebû Zehra, ***Metodoloji***, s. 250.

لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ

19- ZARAR VE MUKABELE Bİ'ZZARAR YOKTUR[1]

Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur. Haksızlığa uğramak, başkasına haksızlık yapmanın mazereti olamaz.

Zulmün kaldırılması, bütün ilâhî dinlerin özellikle İslâm dininin öncelikli hedefleri arasında olmuştur. *"Canlarınız, mallarınız ve ırzlarınız size haramdır"*[2] anlamındaki hadis, bu konudaki naslardan sadece birisidir.

İslâm dininde başkasına zarar vermek yasaklanmış olup, yapılan bir zararı ona denk veya ondan daha az ya da çok bir zararla gidermek de caiz görülmemiştir. Bu kâide, Hz. Peygamber'in aynı lafızlarla ifade ettiği bir hadisten alınmıştır.[3]

Kâidede geçen "zarar" (ضَرَر) sözcüğü, mutlak olarak başkasına zarar vermek; "zırar" (ضِرَار) kelimesi de, bir şeye haklı ya da haksız bir karşılık olarak zarar vermek anlamında kullanılmıştır. Buna göre söz konusu maddeyi iki yönden açıklamak gerekmektedir:

a- İnsan ilişkilerinde asıl olan, karşıdakine zarar vermemektir. Yani bir kişinin diğerinin malına ve canına herhangi bir şekilde zarar vermesi caiz değildir. Hürriyetlerin başkasına zarar vermemekle sınırlandırılmış olması bu kâide gereğidir. Meselâ, avcılık genelde serbest olduğu halde, hayvanların neslinin tükenmesi veya av için kullanılan silahların insanlar arasında korku yayması gibi durumlarda yetkililer tarafından yasaklanabilmektedir.

---

1 Suyûtî, Celaluddin, ***el-Câmiu's-Sağîr fî Ehâdisi'l-Beşîri'n-Nezîr,*** Kahire 1321, II, 192.

2 Buhârî, ***İlim*** 37; Muslim, ***Hacc 147***; Tirmizî, ***Fiten*** 6; Nesâî, ***Kadâ*** 36; İbn Mâce, ***Menâsik*** 76.

3 İbn Mâce, ***Ahkâm*** 17; Muvatta', ***Akdıye*** 31.

Kişinin kendi malında dilediği gibi tasarruf etme hakkı bulunmakla beraber bu hakkını başkasına zarar verecek şekilde kullanması söz konusu olamaz. Şöyle ki, kendi evinde dilediği değişikliği yapabilen kişinin, komşusunun hanesine bakan bir pencere açmasına izin verilemez.[4]

Müşterinin arzu etmediği malı almasını engellemek için meşru kılınan her türlü muhayyerlik, kişinin gerek kendisine gerek başkasına zarar vermesini engellemek için malına ve tasarruflarına konan hacı, kötü niyetli komşunun zararını engellemeye yönelik olarak konan şuf'a hakkı, bir yetimin vasisi veya vakfın mütevellisi ya da taksimi mümkün olmayan bir malın ortağı durumunda olup o malı onarmayan kişinin buna zorlanması, bakmakla yükümlü olduğu kimselerin nafakasını temin etmekle yükümlü olan ancak bu görevini yerine getirmemekte direnen zengin kişinin hapsedilmesi ve daha pek çok fıkhî hükümler sözü edilen zararı kaldırma amacıyla konmuştur.

Bugün özellikle sosyal hayatta insanlara rahatsızlık verecek iş ve mesleklerin toplu yaşanılan yerlerde icra edilmesine izin verilmemekte, bu tür işlerin şehrin ancak kenar bölgelerinde kurulan sanayi sitelerinde yapılmasına imkân tanınmaktadır. Böylece insanların işyeri gürültüsünün ya da katı, sıvı veya gaz şeklindeki sanayi atıklarının vereceği zararlardan etkilenmemesi amaçlanmıştır.

Diğer taraftan meşru olan yollarla yapılan bazı işlemler sonucu başkalarının zarar görmesi bu maddenin hükmünden istisna edilmiştir. Sözgelimi, bir iş yerinin yanına açılan başka bir iş yeri, önceki iş yerinin müşterisini azaltsa buna engel olunmaz.[5]

b- Maddenin ikinci ve önemli bir kısmı da, zararın zararla telafi edilemeyeceği hususudur. Yani bir kimse diğerinin malına veya canına saldırarak tecavüz etse, o kimsenin karşılık olarak

---

4 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 74.

5 Ahmed Ziya Efendi, ***İslâm Hukukunun Genel İlkeleri,*** *(Kavâid-i Külliyye Şerhi),* trc. A. Osman Koçkuzu, İstanbul 1996, s. 59.

aynı şekilde zarar verme hakkı yoktur. Bu bakımdan malı çalınan veya gasp edilen kişinin, doğrudan hırsızın veya gâsıbın malını çalarak veya gasp ederek zararını gidermesi meşru sayılamaz. Kendisine veya malına zarar verilen kişi zararını ancak hukukî yollara başvurarak giderme çareleri aramak zorundadır. Ne zulmeden kişiye ne de bir başkasına, bir yargı kararı olmadan kendisi zarar verme hakkına sahip değildir.[6]

Günümüzde sıkça rastlandığı gibi, camide ayakkabısı çalınan kişi, başkasının ayakkabısını giyip gidemez. Hatta o meclisteki insanlar tamamen dağıldığında sahipsiz kalan ayakkabıyı sahiplenmek amacıyla giyip götüremez. Ona yitik mal (lukata) işlemi yapılır. Yanlışlıkla sahte para alan kişi bunu harcayamaz. Onu yetkili makama teslim etmek zorundadır.

Kişinin, borcunu ödememekte direnen borçluyu alacaklının dövmeye veya hapsetmeye ya da malını zorla elinden almaya yetkisi yoktur. Bunları yapması halinde tazminle sorumlu olacağı gibi ayrıca kendisine cezaî müeyyideler de uygulanır.[7] Bu davranışlar, hukuk dilinde *ihkak-ı hak* olarak ifadesini bulmuş ve kesinlikle meşru görülmemiştir. Ayrıca böyle bir uygulama yargısız infaz anlamına gelir ki, buna izin verilmesi, kamu düzeni açısından son derecede sakıncalı sonuçlar doğuracaktır.

Bu kuraldan, kanunla belirtilmiş cezalar istisna edilmiştir. Kısas, ta'zir ve diğer cezalar aslında yapılan zararı zararla telafi etmektir. Çünkü zararın önlenmesi yararı elde etmekten daha önemli ve önceliklidir. Aksi takdirde cezaların caydırıcılığı söz konusu olmaktan çıkacak ve bundan sonra gelen kâidenin gereği olan, yapılan zararın telafi imkânı kalmayacaktır.

Medeni Kanunun 2. maddesinde hakkın kötüye kullanılmasına izin verilmezken, Türk Ceza Kanunu'nun 516. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 60. ve Türk Ticaret Kanunu'nun 56-65. maddelerinde zarar vermenin her türlüsü yasaklanmıştır.

---

6 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 74-75.
7 Ahmed Ziya, ***Kavâid,*** s. 58-59.

الضَرَرُ يُزَالُ

20- ZARAR İZÂLE OLUNUR[1]

Yukarıdaki kâidenin teferruatı niteliğinde olan bu madde, 21, 22, 25, 28, 30 ve 32. maddelerin esası konumundadır. Buradaki *zarar* ifadesi mutlak bir kavram olup, bu anlamı çağrıştıran her uygulamanın telafisi esas alınmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi, muhayyerlikler ve bir kısım hukukî yaptırımlar, yapılan uygulamalardan dolayı kasıtlı veya kasıtsız olarak doğabilecek her türlü zararı izale etmek için meşru kılınmıştır.

Zarar her türlü insan ilişkisinde söz konusu olabilir. Meselâ, tamamen iyilik amacıyla başkasına borç veren kişi bu yaptığından zarar görebilir. Özellikle paranın değer kaybettiği zamanlarda alınan borcun miktar olarak aynen ödenmesi, borç veren kişinin zararına yol açmaktadır. Oysa bu zararın izale edilmesi gerekir. Bunun için de, borçların geri ödenmesinde paranın miktarı değil alım gücü esas alınmalıdır. Bu husus, faizle yakın benzerliği olması sebebiyle İslâm hukukçuları arasında uzun tartışmalara konu olmuştur. Ancak, borçların ödenmesinde alım gücünü esas almayan bir geri ödemeyi kabul etmemek, iyilik yapan kişinin zarar görmesini onaylamak anlamına geleceği için, *zarar izale olunur* kuralına ters düşülecek ve ayrıca, *karz-ı hasen* olarak adlandırılan bir iyilik yolu da kapatılmış olacaktır.

Diğer taraftan, aynî yani para dışındaki mallara verilen zararların, o malın cinsi ile izale edilmesi esastır. Ancak, aynı cins mal bulunamadığı takdirde kıymeti üzerinden tazmin edilir. Fakat söz konusu mala kıymet biçmede esas alınacak zaman konusunda Ebû Hanife, mahkemenin tazmine karar verdiği zamanın esas alınmasını savunurken, Ebû Yusuf, malın zarar gördüğü günkü değerinin dikkate alınmasını benimsemiştir.[2] Hanefî hukukunda

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 42.

2 Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud, ***Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi'ş-Şerâi',*** Beyrut 1982, VII, 150.

Ebû Yusuf'un görüşü benimsenmiş,[3] Mecelle'nin 803. maddesindeki vedîanın tazmini hususunda bu görüş esas alınmıştır. Borçlar hukukumuzda ise; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 13.6.1963 tarihli kararında, zarar gören eşyanın tam değerinin bilirkişiye takdir ettirilerek tahsil edilmesine hükmolunmuştur.[4]

İslâm hukukunda, meslek erbabının kendilerinden kaynaklanan zararların yine kendileri tarafından izâle edilmesi genel olarak benimsenmiştir.[5] Buna göre, elbiseye zarar veren kuru temizleyici, çürük bina yapan mühendis, kötü yönetimiyle bankayı batıran müdür, cehaleti veya kötü kasdı sebebiyle yanlış hüküm vermekle dâvacı veya dâvalının maddî ya da manevi zarar görmesine sebep olan hakim ve dikkatsizlik veya tedbirsizlik sebebiyle yanlış teşhis ve tedavi yaparak hastasına zarar veren doktor; ihmalleri, kötü niyetleri veya tedbirsizlikleri ispatlandığı takdirde sebep oldukları zararları izale etmek zorundadırlar. Özellikle doktor hatalarının yol açtığı zararların, tazmine konu olamayacağına dair görüşler bulunsa da,[6] aksini kabul etmek, hukuk düzeni ve insan haklarını koruma açısından daha gerçekçi olur. Günümüz hukukunda da genelde bu hüküm benimsenmektedir.

Günlük hayatta gürültü ve sanayi atıkları sebebiyle maddi veya manevi zarara uğrayan kişilerin zararları, bu zarara sebebiyet veren özel veya kamu sektörüne tazmin ettirilir.

"Zarar giderilir" kuralı, kusura dayalı olmasa da zararın giderilmesini vurgulamaktadır. Bu önemli bir farktır. Kusursuz sorumluluk" ilkesi giderek sanayi toplumunun, yaşamının da temelini oluşturmaktadır.[7]

---

3 Zuhaylî, Vehbe, ***Nazariyyetu'd-Damân ev Ahkâmu'l-Mes'uliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî,*** Dımaşk 1982, s. 98.

4 Olgaç, Senâi, ***Kazâi ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar,*** Ankara 1969, III, 383.

5 Mergınânî, ***Hidâye,*** III, 236.

6 Ebû Zehra, ***Metodoloji,*** s. 304-305.

7 İlhan, ***Mecelle,*** s. 26.

الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ

21- ZARURETLER MEMNU' OLAN ŞEYLERİ MUBAH KILAR[1]

"Zaruret"; yasak olan şeyin işlenmesini caiz kılan özürdür. *"Mubah"* ise; kanun koyucunun katında yapılıp yapılmamasının eşit olduğu şeydir. Ancak bu maddede sözü edilen mubahlık, sorumlu olmama konusunda, mubah muamelesinin geçerli olacağı anlamında kullanılmıştır.

İslâm hukuk usûlünde, yasak olan şeylerin mubah kılınmasına ruhsat adı verilmektedir ki, bir özür sebebiyle sonradan meşru kılınan şey demektir. Fakat ruhsatta yalnızca hukukî sorumluluk kalkar, haramlık ise devam eder.[2]

Kişinin doğrudan kendisini ilgilendiren bir zorunluluk karşısında dinen haram olan şeyi işlemesine Kur'an-ı Kerim'de izin verilmiştir.[3] Hatta bu izni kullanmayarak hayatını tehlikeye atan kişi günahkâr sayılmıştır.[4] Burada sözü edilen husus konunun hukukî boyutudur. Meşruiyetini Kur'an'daki ayetlerden almakla birlikte, dini sorumluluk açısından önemli farklılıkları vardır.

Önemli bir zaruret hali olan ikrah, hukukî açıdan bazı cezaların kalkmasına yol açar. Zorlanan kişinin yaptığı fiil, onu zorlayan kişiye nispet edilir ve sorumluluk ona yüklenir. Sözgelişi, ikrah yoluyla başkasının malını telef eden kişiye bu malı tazmin etmesi gerekmez. Tazmin, onu zorlayan kişiye yüklenir. Ancak ikrah sonucu böyle bir fiilin yapılması, o kişiden dini sorumluluğu kaldırmaz, sadece hukuken cezalandırılmasını önlemiş olur. Başkasının malına zarar vermemek için direnip kendisinin zarar görmesini tercih eden kişi dinen sevap almış olur. Oysa şarap içme veya

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh***, s. 43.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 76-77.
3 Bakara 2/173; En'am 6/145; Nahl 16/115.
4 Merğınânî, ***el-Hidâye***, III, 274.

domuz eti yeme gibi haram olan şeylere zorlanan kişinin, böyle bir durumda bunları yapmaması günah sayılmaktadır.

Zaruretlerin yasakları mubah kılması konusundaki ölçü, yapılmaya zorlanan yasağın zaruretten daha aşağı seviyede olmasıdır. Yani zorlamaya konu olan şey, başka birinin öldürülmesi veya bir uzvunun kesilmesi ise, buradaki zaruret, yasaktan daha üstün bir konumda olmadığı için mubahlığa gerekçe olamaz. Çünkü bu durumda kendi canı veya azası, öldürmeye zorlandığı kişinin canı veya azası ile en azından eşit seviyededir.[5]

Nefs-i müdafaa olarak adlandırılan, ölüm tehlikesine karşı kendini korumak için saldıran kişiyi öldürmek de hukuken bir sorumluluk gerektirmez (BK m. 52). Ancak kişi, kendisine saldıran bir hayvanı öldürebilirse de onu tazmin etmekle yükümlü olur. Zira hayvanın saldırması irade sonucu gerçekleşmemiştir.[6]

Muhtaç ve zor durumda kalınması ve başka çare bulunmaması hali, faizle borç almayı mubah kılan bir zaruret sayılmıştır.[7]

Medeni Kanunun "Zaruri Sebepler" başlıklı 753/E. 677. maddesinin "Bir kimse kendisini ve ya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve zarar ya da tehlike, taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise malik buna katlanmak zorundadır. Malik bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme isteyebilir" hükmüyle ve Borçlar Kanununun "ıztırar hali"ni düzenleyen 5272-3. maddesinin "Kendisini veya diğerini zarardan yahut vuku bulacak bir tehlikeden korunmak için başkasının malına zarar veren kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını, hâkim hakkaniyete uygun olarak tayin eder" hükmüyle bu ilke günümüz hukukunun da temel kurallarındandır.[8]

---

5 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 77-78.
6 Merğınânî, ***el-Hidâye,*** IV, 448.
7 Ahmed Ziya, ***Kavâid,*** s. 60.
8 İlhan, ***Mecelle,*** s. 28.

الضَّرُورَاتُ تُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا

22- ZARURETLER KENDİ MİKTARLARINCA TAKDİR OLUNUR[1]

Zorda kalmanın, çaresizliğin sebep olduğu zarar içinde bulunulan zorunluluk ve çaresizlikle orantılı olmalıdır.

Bu kâide, 18. maddenin tamamlayıcısı ve bundan önce izah edilen 21. maddenin sınırlayıcısıdır. Yani, nasıl ki bir iş sıkışık bir hal aldığı zaman genişlik sağlamak gerekiyor ise, sağlanan genişliğe bir kısım sınırlamalar getirilmesi de tabiîdir. Aksi takdirde kural dışı meşru olan şeylerin ana kural haline gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

Zaruret sebebiyle câiz olan şey, yalnızca zarureti giderecek kadar işlenebilir. Bu bakımdan, açlıktan ölme derecesine gelen bir kimse, bedelini ödemek ve sahibiyle sonradan helalleşmek üzere, başkasının malını izinsiz almak zorunda kaldığı takdirde ancak ölmeyecek kadar bir malı alıp yemesi caizdir. Açlığını bahane ederek daha fazlasını yemesi caiz olmaz. Ya da çaresiz kaldığı gerekçesiyle fırındaki bütün ekmekleri alıp götüremez. Bu arada, meşakkat çekerek rızık elde etmesi mümkün olan kişi bu tür zaruret ruhsatından yararlanamaz. Ayrıca canının telef olmasını önleyecek ekmek varken, et veya tatlı gibi daha pahalı bir gıdayı sahibinden izinsiz olarak almak da gasp hükmünde sayılmıştır.

Avret mahalline bakılması dinen haramdır. Ancak gerek sünnet gerekse tıbbî bir tedavi ihtiyacı bir zarurettir ve sünnetçi veya doktor konumunda olan kişinin kullanacağı ruhsat, işini gereği gibi yapabileceği bir alanla sınırlıdır.[2] Bu dini bir hükümdür. Ancak, doktorun böyle bir ruhsatı kullanırken, işi taciz boyutuna vardırması ve bunu da mağdurun bir şekilde ispatlaması halinde,

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.

2 Atıf Bey, ***Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliyye'nin İzahı***, İstanbul 1316, s. 30.

durum hukukî bir boyut kazanır ve cezâî müeyyide uygulama imkânı doğar.

Savaş sırasında ordunun, düşman mallarından zaruret miktarı faydalanması mubahtır. Ancak bunun, zaruret sınırını aşıp düşman malını talan ve yağmalamaya kadar varması hukuken meşru değildir. Yine savaşın normal seyri dışında bir zorunluluk olmadıkça düşman fertlerine eziyet ve işkence etmek de caiz değildir.

Zararlı hayvanlara karşı alınacak tedbirler de zaruret sınırını aşamaz.[3] Yani, insan hayatını tehlikeye düşürmeyecek bir konumda olan bu hayvanların itlaf edilmesi doğru değildir. Ancak zararını engelleyecek bir tedbir alınabilir veya doğrudan tehlike anında itlaf edilebilir.

Zor durumda kalıp faizle borç almak zorunda kalan kimsenin zarureti de, iflastan kurtulup işlerini asgarî seviyede yoluna koymakla sınırlıdır. Söz konusu zaruret ortadan kalktığı takdirde izin verilen bu ruhsat da kalkar. Çok kazanma ve kâr için böyle bir yola başvurulamaz.

Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde, zaruretin tayin ettiği sınırın aşılması halinde ağır cezalar verilmesi esası benimsenmiştir.

---

3 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 61-62.

مَاجَازَ لِعُذْرٍ بَطَلَ بِزَوَالِه

23- BİR ÖZÜR İÇİN CAİZ OLAN ŞEY OL ÖZRÜN ZEVALİYLE BÂTIL OLUR[1]

Bir özür sebebiyle izin verilen uygulamaya o özrün kalkmasıyla son verilir. 22. maddeye paralel olarak zikredilen bu kâide zaruretle ilgili hükümlere kesin bir sınırlama getirmektedir. İstisnâî şartların doğurduğu hükümler de istisnâîdir ve o hükümlerin devamlılığı, söz konusu istisnâî şartların devamına bağlıdır.

Abdest almak için su bulamama veya suyu kullanamama durumunda olan bir kimseye teyemmümle namaz kılma ruhsatı verilmiştir. Su bulduğunda veya suyu kullanabilecek duruma geldiğinde teyemmüm de bâtıl olmuş olur.

Çocuk, deli, bunak, beyinsiz, iflas etmiş tüccar ve borcunu ödemeyen kişiye getirilen harcama kısıtlamasının gerekçeleri, sözü edilen özürlerdir. Çocuk, deli ve bunak semavî bir özür sebebiyle zaten tabiî olarak hukukî kısıtlıdırlar. Beyinsiz, müflis ve borcunu ödemeyen kişilerin de mahkeme kararıyla malî tasarrufları geçersiz kılınır. Ancak, sözgelişi çocuk reşit olur veya borcunu ödememekte direnen kişi borcunu öderse kısıtlılıklar da kalkar.[2]

Kiralanan bir malda bir kusur meydana geldiğinde, kiralayan kişinin bu akdi fesh yetkisi doğar. Ancak mal sahibi akdin feshedilmesinden önce söz konusu kusuru giderirse, kiralayanın akdi feshetme hakkı kalkar. Aynı şekilde, bir daireyi kiraya veren kişi odalardan birini boşaltmasa, kiralayan kişi, bu daireyi mevcut haliyle kabul etmek veya akdi feshetmek arasında muhayyerdir. Yani mal sahibinden, boşaltılmayan odanın miktarın kira ücretinden düşmesini talep edemez. Ancak mal sahibi işgal ettiği odayı boşaltırsa, muhayyerlik kalkar ve icâre akdi bağlayıcı olur.[3]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.
2 Atıf Bey, ***Mecelle***, s. 30-31.
3 Ali Haydar, ***Durer***, I, 80.

Bir hastalık, yolculuk veya uzaklık sebebiyle mahkemeye gelip şâhitlik yapma imkânı bulunmadığı zaman asıl şâhit, başka birini kendi yerine şâhitlik yapması için görevlendirebilir.[4] Sözü edilen özürler bulunmadığı zaman böyle bir yola başvurulamaz. Günümüzde bu tür bir problem olduğunda, şâhidin veya ifadesine ihtiyaç duyulan kişinin ifadesinin, bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından alınması da benzer sebeplerden dolayı yapılmaktadır.

Kendisinde emanet mal bulunan bir kimsenin, evinin yanması veya bulunduğu geminin batması gibi bir özür sebebiyle bu malı başkasına emanet etmesi caizdir ve bu hareketi bir tazmin sebebi değildir. Ancak belirtilen özürler kalktıktan sonra kişinin bu malı hemen geri alması gerekir. Çünkü özür kalktıktan sonra, emanet malı başkasına vermenin meşruiyeti de kalkmış olur.[5]

Alacağın temlikinde alacağın kime ait olduğu konusu ihtilaflı ise, borçlu ödemeden çekinebilir (BK: 166/1 madde). İhtilaf çözümlenip, alacağın kime ait olduğu belirlenince, özür ve ona bağlı olarak çekince de sona erer.[6]

İnsanların tabiî olan hürriyeti, ancak sosyal fayda ve zaruretler itibariyle sınırlanabilir. Bu sınırlamaları zorunlu kılan sebepler ortadan kalkınca artık yasakların uygulanmasına gerek kalmaz. Meselâ, bir ekonomik krizin tesirlerini hafifletmek için konmuş olan cezâî müeyyideler kriz geçtikten sonra tatbik edilemez.[7]

---

4 Merğınânî, ***el-Hedâye,*** III, 129.
5 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtâr,*** V, 673.
6 İlhan, ***Mecelle,*** s. 29.
7 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri",*** s. 580.

إِذَا زَالَ الْمَانِعُ عَادَ الْمَمْنُوعُ

24- MÂNİ' ZÂİL OLDUKTA MEMNU' AVDET EDER[1]

Engel kalkınca, engellenen geri gelir. Bu kâide, 23. maddede sözü edilen hükmün başka bir açıdan olmak üzere aksini ifade etmektedir. Yani söz konusu maddede istisnaen caiz olan hüküm, gerekçeleri ortadan kalktıktan sonra geçersiz sayılırken; bu kâide, bir özür sebebiyle uygulanamayan aslî bir hükmün, özrün kalkmasıyla önceki konumuna döneceğini belirtmektedir.

İnsan için özgürlük ve kendi malında istediği gibi tasarrufta bulunabilmesi aslî bir haktır. Ancak kişi, çocukluk veya bunaklık gibi elinde olmayan, ya da saçıp savurma veya bir suç işleme gibi elinde olan sebeplerle hürriyetini kullanma ve malında tasarrufta bulunabilme konusunda kısıtlanabilir. Kısıtlamaya sebep olan engeller kalkınca, aslî haklarına da kavuşmuş olur.

Vasiyette asıl olan onu yerine getirmektir. İslâm miras hukukuna göre mirasçıya yapılan vasiyet ise geçersizdir. Kişi, mirasçısı durumunda olan kardeşine vasiyette bulunsa, söz konusu vasiyet hükümsüz sayılırken; daha sonra vasiyet eden kişinin bir oğlu olursa, kardeş mirasçılık vasfını kaybedeceğinden vasiyet geçerli olur.

Hibe akdi teslim edilmeden tamamlanmış olmaz. Bir kimse, taksimi mümkün bir maldaki şüyûlu hissesini hibe etse, malın şüyûlu olması hibe akdinin tamamlanmasına engeldir. Ancak mal taksim edilerek şüyû giderilir ve hibe edilen şahsa teslim edilirse hibe akdi tamamlanmış olur. Diğer taraftan, hibe edilen malda bir ziyadelik meydana gelmesi, mal sahibinin yaptığı hibeden dönmesine engeldir. Sözgelimi, hibe edilen arazide dikilen ağaç veya yapılan bina hibeden dönmeyi engelleyen ziyadeliklerdir.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 366.

2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 191.

Müşterinin satın aldığı malda bir kusur meydana geldikten sonra, malın daha önceden bir kusuru olduğu anlaşılsa, sonradan meydana gelen kusur, o malın sahibine iade edilmesine engeldir. Sadece eski kusur sebebiyle ücret indirimine gidilebilir. Şayet sonradan meydana gelen kusur giderilirse, müşterinin eski kusur sebebiyle malı iade etme hakkı da geri gelir.

Bir dâvada, çocuğun veya kör olan birinin şâhitliği çocukluk veya körlük sebebiyle red olunduktan sonra, söz konusu şahıslardan çocuk olan bâliğ olsa veya kör olanın gözleri açılsa, bu kişilerin daha sonra aynı dâva için yapacağı şâhitlik kabul edilir.[3]

Hıdâne, yani çocuğu yanında bulundurma hakkına sahip bir kadın, nikah yönünden çocuğa yabancı biriyle evlendiği takdirde hıdane hakkını kaybeder. Ancak, söz konusu kişiden boşanırsa, engel kalktığı için çocuğu yanına alma hakkını tekrar kazanmış olur.[4]

4531 sayılı, 6570 sayılı yasaya ekleme yapan yasa, 2001 yıl içinde sonuçlanan Türk Lirası üzerinden yapılmış kira sözleşmelerinde kira parası artışını %10 ile sınırlandırmıştır. Bu, kira sözleşmesinde tarafların kira parasını %10'un üzerinde bir oranda yapmalarını önleyen yasal bir engeldir. Anayasa mahkemesi yasanın bu hükmünü iptal etmiş, iptal kararı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş, engel kalkmış, yasa ile engellenen sözleşmenin taraflarının %10 oranı ile sınırlı olmaksızın kira bedelini artırma ya da mahkemeden enflasyon oranına göre artış miktarının tespitini talep etme hakları geri gelmiştir.[5]

---

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 80-81.

4 Molla Husrev, Muhammed b. Ferânuz b. Ali, ***Dureru'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm,*** İstanbul 1978, I, 411.

5 İlhan, ***Mecelle,*** s. 30.

الضَّرَرُ لاَ يُزَالُ بِمِثْلِه

25- BİR ZARAR KENDİ MİSLİYLE İZÂLE OLUNAMAZ[1]

Zarar benzeri ile giderilemez. Bundan, zararın aynen kendi benzerinin verilmesinin, örneğin telef olan on çuval buğday yerine yine on çuval buğday vermek suretiyle zararın giderilmesinin, bu kurala göre mümkün olmadığı şeklinde bir sonuca varılmamalıdır.[2]

Bu kâide, zararın izale olunacağını belirten 20. maddenin uygulanışına bir ölçü getirmeyi amaçlamaktadır. Bu kâide aynı zamanda, zararın zararla giderilemeyeceğini ifade eden 19. maddenin ikinci kısmını teyid özelliği taşımaktadır.

Bu kâideye göre, her ne kadar yapılan bir zararın izale edilmesi gerekir ise de bu, yapılan zarara benzer bir zarar vermek suretiyle olmamalıdır. Aslında yapılan zararın, zarar vermeden telafi edilmesi en uygunudur. Ancak bu mümkün olmadığı takdirde, 27. maddede belirtildiği üzere daha hafif bir zarar ile zararın izale edilmesi amaçlanmalıdır.

Açlıktan ölmek üzere olan kişinin, hayatını kurtarmak için, aynı durumda olan başka birinin elinden, ancak kendisine yetecek kadar olan yiyeceğini alması caiz değildir. Zira bu, kendisine gelecek zararı başkasına zarar vermek suretiyle gidermek olur ki, buna hem dinen hem de hukuken cevaz verilemez.

Bir malın üretiminin yapıldığı yerde, aynı malı üretecek başka bir fabrikanın yapılması engellenemez. Yani önceki fabrikanın zararına olur gerekçesiyle yeni yatırım yapmak isteyenlere zarar verilemez.[3]

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 43.
2 İlhan, ***Mecelle,*** s. 31.
3 Ali haydar, ***Durer,*** I, 82.

Başkasının malını kasten telef eden kişiye, malı telef edilen kişi aynıyla karşılık veremez. Gördüğü zararı zarar vererek telafi edemez. Bu yola kendisi başvurursa suçlu olur. Bu durumda olan kişinin yapacağı iş, ilgili resmî makamlara başvurarak hukukî yoldan zararının tazmin edilmesini sağlamaktır.

Meydana gelen bir zarar, benzer bir zararı başkasına vermeden kolayca izale edilemez ve onu başka türlü giderme imkânı da olmazsa yapılacak bir şey yoktur. Açlıktan ölme durumundaki kimseye, aynı durumdaki kişinin elinden yiyeceğini alma hakkı tanınamaz.[4]

Zaruret halinde bir maddî menfaati korumak için diğerlerinin mallarına tecavüz edilebilirse de, tecavüz edilen malın kıymetini ödemek gerektiğinden, az kıymetli bir menfaati korumak için yüksek kıymetli bir mala ya da menfaate tecavüz, pratikte tercih edilecek bir uygulama değildir.

Zaruret halinde ödenecek bedel, kurtarılan menfaate ve tecavüz edilen menfaatin de aynı tehlikeye maruz bulunup bulunmadığına göre tayin olunur. Meselâ bir ev, diğer bir evi yanmaktan korumak için (resmi makamlardan izin alınmadan) yıkılırsa tam bedeli değil, bu sayede kurtarılan evin kıymetiyle mütenasip bir tazminat ödemek gerekir. Çünkü o bina yıkılmasaydı, yangında yanacaktı. Dolayısıyla yıkılma sebebiyle sahibinin hakkı iptal edilmiş olmaz.

Borçlar Kanunu, zaruret halinde tecavüz olunan menfaatin ödenmesi gerekip gerekmediğini ve ne miktara kadar tazmini uygun olduğunu tayin için hâkime takdir hakkı vermiştir (m. 52).

Zaruret hali ile meşru müdafaa birbirine karıştırılmamalıdır. Bir kimse, meşru menfaatlerini tehlikeye düşüren kimsenin şahsına veya malına taarruz etmesi haklı bir davranış olup herhangi bir tazminatı gerektirmez.[5]

---

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 196.

5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 579-580.

يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لأَجْلِ دَفْعِ الضَّرَرِ الْعَامِّ

26- ZARAR-I ÂMMI DEF' İÇİN ZARAR-I HÂS İHTİYAR OLUNUR[1]

Tabîb-i cahili men'etmek bu asıldan teferru' eder.

Özel zarar genel zarara tercih edilir. Dar kapsamlı bir zarar, geniş kapsamlı bir zararın aynısı veya benzeri olmadığından, bu maddenin bir önceki kâideye aykırılığından söz edilemez.

Bazı küçük sıkıntılara katlanmak ileride karşılaşılabilecek büyük sıkıntıları engeller. Hastalığa karşı aşı yapmak geçici bir ateş ve sıkıntı yapabilir, ancak ileriki yıllarda ölüm veya sakatlıkla sonuçlanabilecek hastalıklara bağışıklık kazandırır.

Hukukta asıl olan çoğunluğun yararının gözetilmesidir. Bir zarar söz konusu olduğunda da, çoğunluğun zarar görmemesi esas alınır. Meselâ, bir mahallede yangın çıktığı zaman, yangının yayılmasını önlemek için yetkililerin izniyle sahibinin rızası olmadan bazı evlerin yıkılmasına izin verilir ve bunların tazmin edilmesine de lüzum görülmez.

Aynı durum bugün sıkça rastlanan orman yangınları için de söz konusudur. Yangının daha fazla yayılmasını önlemek için, normal şartlarda kesilmesi yasak olan bir kısım ağaçların kesilmesi bir zorunluluk halini almaktadır.

Yoldan geçenlerin can güvenliğini tehdid eden, yıkılmaya yüz tutmuş duvar veya binalar, sahibinin rızası olmasa da yıktırılır. Bugün çokça gündeme gelen çevre konusunda bu husus daha da önem kazanmaktadır. Şehrin görüntüsünü bozan, bir bölgenin hava akımını engellediği tespit edilen ve şehrin tarihî dokusunu bozduğu belirlenen binalar mahkeme kararıyla yıkılabilmektedir. Buradaki gerekçe de, geniş kapsamlı zararı önlemektir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 43.

İslâm hukukuna göre fiyatları piyasa belirler. Ancak özellikle yiyecek maddelerinin belirli ellerde toplanarak fiyatların gereğinden fazla yükseldiği durumlarda, halkın zarar görmesini engellemek için yetkili makamlarca fiyat belirlenip, mal sahibinin bu fiyatın üzerinde satış yapmasına engel olunur.[2]

Kamuya zarar veren bir atık suyolu ne kadar eski olursa olsun kapatılır. Toplum huzurunu bozan teröristler cezalandırılır. Umumun faydalandığı tesisi imar etmek için gerektiğinde başkasının arazisinden izinsiz geçilebilir. Bütün bu ve buna benzer uygulamalar, geniş kapsamlı zararı önlemek için dar kapsamlı bir zararın tercih edilmesi kuralına dayandırılmaktadır.[3]

Kâidenin altında bir cümle ile ifade edilen açıklama, aslında çoğu meslekler için geçerlidir. Nasıl ki, halkın beden sağlığı açısından ehliyetsiz doktoru, mesleğini icradan men' etmek gerekiyorsa, ehil olmayan ve öğrencisini yanlış yönlendiren öğretmene de engel olunabilir. Nitekim müfti-i mâcin olarak adlandırılan, topluma meşru olmayan çareleri empoze eden din adamlarının mesleklerinden men' edileceği fıkıh kitaplarında özellikle vurgulanmıştır. Basın mesleğinde bazı maksatlı yayınların ülkeyi ekonomik ve siyasî açıdan sıkıntılara düşürebildiği ve haksız kazançlara yol açtığı bir vakıadır. Bu bakımdan her mesleğe bağlayıcı ölçüler getirmek, bazı şahsi zararlara sebep olsa da genel zararları önlemiş olacaktır. Bugün pek çok gelişmiş ülkede, en basit meslekler için dahi resmî bir sertifika aranmakta ve kesin kurallar konmaktadır.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, genel zarar kavramı yoruma açık bir ifadedir. Bu bakımdan, özellikle iktidar gücünü elinde tutanlar tarafından istismar edilmeye açıktır. Dolayısıyla bu kavramın şartlara göre, duruma vâkıf ehil kişiler ve toplumun resmî ve sivil temsilcileri tarafından tanımlanması gerekir.

---

2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 83-84.

3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 197-198.

الضَّرَرُ الأَشَدُّ يُزَالُ بِالأَخَفِّ

27- ZARAR-I EŞEDD ZARAR-I EHAFF İLE İZALE OLUNUR[1]

Bu kâide, zararın kendi misliyle izale olunamayacağını ifade eden 25. maddenin bir açıklaması niteliğindedir. Zarar, kendinden daha hafif bir zararla telafi edilir.

Sahasında uzman olan doktorlar, hamile olan bir kadının hamileliğini sürdürmesi ve doğum yapması halinde hayatî bir tehlikeyle karşı karşıya kalacağı gerekçesiyle doğuma izin vermedikleri takdirde, çocuğun vaktinden önce tıbbî müdahale ile alınmasına izin verilir. Çünkü annenin hayatı ceninin hayatına nispetle daha önemli olup, cenine verilecek zarar anneye verilecek zarardan daha hafiftir.

Diğer taraftan ölen hamile bir kadının, canlı olan ve yaşayacağı umulan çocuğu, ana karnından çıkarılması gerekir. Bu durumda ölüye verilecek zarar çocuğa gelecek zarardan çok daha hafiftir. Organ nakli de aynı şekilde değerlendirilebilir. Fakat inci ve yakut gibi kıymetli bir şeyi yutan kimsenin öldükten sonra karnı açılarak sözü edilen kıymetli şeyin alınmasına izin verilemez. Çünkü ölü de olsa insanın saygınlığı malın saygınlığından üstündür. Ancak, söz konusu kıymetli malın sahibi malının değerini ölen kimsenin mirasından alır. Mirası yoksa bir şey gerekmez.[2]

Ölüm sebebinin belirlenmesi, bazı durumlarda katilin ortaya çıkarılması ve yangın veya işkenceyle ölümlerde olduğu gibi kimlik belirlemek için yapılan günümüzde yapılan otopsiler ve bazı testler de, daha büyük zararların engellenmesine yöneliktir. Zira sözgelimi, kimliğin belli olmamasıyla mirasçıların göreceği zarar ölüye verilecek zarardan daha fazladır.

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 369.
2 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 66.

Kişi, bakmakla yükümlü olduğu kimseler için yapması gereken harcamaları yapmaması halinde hapsedilerek görevini yapmaya zorlanır. Böylelikle ihtiyaç sahiplerinin zararının izale edilmesine çalışılır.

Bir kimse miras olarak aldığı bir araziye bina yapsa veya ağaç dikse, daha sonra bu arazi üzerinde hak iddia eden biri onu geri almak istese bir durum değerlendirmesi yapılır. Arazi içindeki bina veya ağaçların değeri ile arazinin kendi değerinden hangisi daha fazla ise hak sahibi kişi, o kıymeti ödeyerek önceki sahibinden malı alır.[3] Böylelikle arazinin önceki sahibi daha az bir zarar görmüş olur.

İki kişinin malı izinsiz olarak karışmış olsa, kıymeti fazla olan malın sahibi, kıymeti az olan malın bedelini ödeyerek onu sahiplenmiş olur.

Birinin hayvanı diğerinin küp veya tenceresine başını sokması, tavuğun kıymetli bir şey yutması, gasp edilen ağaç veya taşların binada kullanılması, para veya değerli bir şeyin zarar vermeden çıkarılamayacak bir yere düşmesi, bir tarla veya bahçenin heyelan sebebiyle aşağıya kayıp diğerinin tarla veya bahçesinin üzerine gelmesi gibi hallerde, bu kâide gereği hep zararı daha az olanının tercih edilmesi esas alınmıştır.[4]

Modern hukukun da hemen bütün hükümleri bu esasa dayanır. Medeni Kanunun komşuluk münasebetlerini düzenleyen 737 ve onu takip eden maddelerinde bu kâidenin tatbikatı bulunmaktadır. Ayrıca, aynı kanunun 722-724. maddelerinde de, yapılan işler muvacehesinde fahiş zararın önlenmesi ve hafif zararın tercih edilmesi esası benimsenmiştir.

İdari yargının, bir şirketin siyanür kullanarak altın üretmesini, siyanürün topluma ve çevreye vereceği ağır zarara dikkate alarak durdurması da bu kaideye örnek olarak verilebilir.

---

3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 199.

4 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 66.

إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَراً بِارْتِكَابِ أَخَفِّهِمَا

28- İKİ FESAT TEARUZ ETTİKDE EHAFFI İRTİKAB İLE A'ZAMIN ÇARESİNE BAKILIR[1]

Biri büyük diğeri daha hafif iki zarar bir anda söz konusu olduğunda, hafif olan zararı işleyerek büyük zarardan kurtulma yoluna gidilir.

İslâm dininde imamlık, müezzinlik ve Kur'an-ı Kerim öğretme gibi ibadet niteliği taşıyan işler için ücret almak caiz değildir. Ancak zamanla bu görevler için istekliler azalmış ve böyle bir zaruret sebebiyle ücret caiz kılınmıştır.

Zâlim olan yöneticiye başkaldırmak, onun yaptığı zulümden daha kötü sonuçlara yol açacaksa, ona itaat etmek suretiyle, hafif olana katlanarak daha büyük zararların meydana gelmesi önlenmiş olur.[2]

İki zararın da birbirine eşit olması halinde, zarara muhatap olan kişi dilediğini tercih etmekte serbesttir. Meselâ, gemi yolculuğu yapan bir kişinin, gemide yangın çıkması halinde, gemide kalıp yanarak ya da denize atlayıp boğularak ölmekten başka çaresi bulunmazsa, Ebû Hanîfe'ye göre bu kişi, söz konusu iki ölüm türünden birini tercih etmekte serbesttir. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf, iki zararın eşit olmadığı, denize atlamanın kişinin kendi fiiliyle kendisini tehlikeye atmak anlamına geleceği için, böyle bir durumda bu kimsenin bulunduğu hale sabretmesi gerektiğini savunmuşlardır.[3] Sonu ölüm olduğuna göre, kişinin dilediği tarzı tercih etme hakkı olmalıdır. Yani bu konuda Ebû Hanife'nin görüşü daha isabetli gözükmektedir.

---

1 Hadimî, ***el-Mecâmi'***, s. 366.
2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 201.
3 Atıf Bey, ***Mecelle***, s. 36-37.

يُخْتَارُ أَهْوَنُ الشَّرَّيْنِ

29- EHVEN-İ ŞERREYN İHTİYAR OLUNUR[1]

Bu kâide, zararla ilgili kâidelerin neredeyse tamamını özlü bir şekilde ifade etmektedir. Konuyla ilgili daha önce zikredilen misaller bu madde için de geçerlidir.

Parmakta çıkan bir yara, kangren olup kolun elden gitmesine sebep olacaksa parmak kesilir. Gerekirse vücudu kurtarmak için kol da feda edilir.

Savaş, insanların ölmesine ve sakat kalmasına sebep olması ve geride sahipsiz ve korumasız insanlar, harab olmuş beldeler, bırakması sebebiyle ilke olarak kötü bir şeydir. Ancak hukuk tanımaz, saldırgan ve zalim bir kısım devlet veya topluluklar, karşı tarafın bağımsızlığını, can ve mal güvenliğini ve özgürlüklerini yok etmeye yönelik saldırılar yapabilmektedirler. Savaş yoluna başvurulmaması halinde bu zulmü engellemek mümkün olmayabilir. Dolayısıyla savaş yolunu tercih etmek, iki zarardan daha hafifini tercih anlamına gelir.

İslâm hukukunda, müellefe-i kulûba zekât verilmesinin altında yatan gerekçe de aynıdır. Özellikle İslâm dinine düşman olan kimselere, düşmanlıklarını azaltmayı hedefleyen bu tür bir mâlî yardım, doğru ve mantıklı gözükmeyebilir. Ancak böyle kişilerin İslâm toplumuna verecekleri büyük çaplı zararlar dikkate alındığında, bu zararları engellemek için, gerektiğinde onlara yapılacak mâlî yardımın daha az bir zarar olduğu şüphesizdir.

Bu konuda, iki şerden hangisinin daha az zararlı olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Şahsî hayattaki tercihler, kişilerin vicdani sorumluluğuna bırakılabilir. Ancak kamuyu ilgilendiren konularda böyle bir tespitin, objektif ölçülerle yapılması bir zorunluluktur.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 44.

دَرْءُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَصَالِحِ

30- DEF'İ MEFÂSİD CELB-İ MENÂFİ'DEN EVLÂDIR[1]

Kötü ve zararlı şeylerin giderilmesi, yararlı şeylerin elde edilmesinden daha önemlidir. Bir konuda yarar ile zarar çatıştığı takdirde öncelikle zararın def' edilmesi esas alınmalıdır. Çünkü İslâm dini, yasakladığı şeylerden kaçınılmasını, emrettiği şeylerin yerine getirilmesinden daha çok önemsemiştir. Nitekim Hz. Peygamber'in; *"size yasakladığım şeylerden kaçınınız, emrettiğim şeyleri ise gücünüz nisbetinde yerine getiriniz"*[2] buyurması bunu göstermektedir.

Kişinin kendi malında istediği gibi tasarrufta bulunması kendi adına bir yarardır. Ancak sözgelişi, altlı üstlü oturan iki mal sahibi birbirlerine zararı dokunacak şekilde kendi mallarında tasarrufta bulunamazlar. Verilecek zararı engellemek, elde edilecek yarardan önemlidir.

Meskun bir mahalde orada oturanların huzur ve rahatını bozacak bir işyeri yapılamaz. Meselâ, komşunun evini sarsacak olan değirmen, kokusuyla ve dumanıyla çevreyi rahatsız edecek şıra hane ve fırın inşa edilmesine, yine kokusu ve pisliğiyle komşulara eziyet verecek şekilde tuvalet veya çöplük yapılmasına izin verilemez.[3]

Böyle durumlarda meskun mahalde oturanların zarar görmemesi esas alınır. Gerek sonradan gelip, sözü edilen işyerlerini açmak isteyenlerin, gerekse o mahalde bulunup çevreye zarar vermekle sonuçlanacak işler yapanların, menfaatleri dikkate alınmaz. Ancak, gürültüyle çalışılan bir demir atölyesinin yanındaki arsasına sonradan ev yapan bir kişi, gürültüden zarar gördüğü

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 45.
2 Buharî, ***İ'tisâm*** 2; Muslim, ***Fedâil*** 130; Nesâî, ***Hacc*** 1.
3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 205-206.

gerekçesiyle atölyenin kapatılmasını isteyemez.[4] Çünkü bu durumda daha önceden tesisini kurmuş olan atölye sahibinin zararı söz konusudur ki, bunu engellemek yeni ev yapan kişinin yararından daha önceliklidir.

Bazen menfaatin zarardan daha büyük olduğu durumlar da olabilir. Bu takdirde olayın menfaat yönü gözetilerek zarar yönü dikkate alınmaz. Meselâ, yalan söylemek kötü ve zararlı bir şeydir. Ancak birbiriyle dargın ya da düşman olan kişilerin aralarını düzeltmek için, başkalarına zarar vermeyecek bir şekilde yalan söylenebilir.

Elinde vedîa olarak bulunan malı gasp etmek isteyen zâlim kişiye karşı o kimse, kendisinde böyle bir vedîa bulunmadığını ifade ederek yalan söylemeye mecburdur.[5]

İleride elde edilecek bir menfaati korumak için mevcut bir zarara katlanmak pek mantıklı değildir. Şüpheli kazançlar için mevcut ve muhakkak menfaatler feda edilmemelidir. Hâkim, komşuluk münasebetlerini düzenleme gibi bir konuda elinde bulunan takdir hakkını kullanırken, taraflardan birine muhtemel bir menfaat sağlamak için, diğer komşuyu halen mevcut bir menfaatini feda etmeye zorlamamalıdır.[6]

"Kötülüklerden korumaya" öncelik vermek, hukukun, yargılamanın temel ilkesidir. Olayların analizinde, takdir haklarının kullanılmasında öncelik daima çıkar sağlamak isteyenin değil, "kötülüklerden kurtulmak" çabası içinde olanındır.

Ebûl'ula Mardin'e göre bu kural, doğu ve batı toplumlarının hayat görüş ve tercihleri arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır. Batılı toplumun insanları hayatlarını çıkar sağlamak önceliği üzerine kurarken Doğu toplumunun önceliği kötülükten kurtulmaktır.[7]

---

4 Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 37-38.
5 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 87.
6 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri",*** s. 395.
7 İlhan, ***Mecelle,*** s. 34, 35.

الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ

31- ZARAR Bİ KADRİ'L-İMKAN DEF' OLUNUR[1]

Meydana gelen bir zararın tamamıyla telâfi edilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda zararın telâfisi için imkânların elverdiği kadarıyla yetinilir.

Bacasından çıkan zehirli atıklarla çevreye zarar veren sanayi tesisinin sahibinden, bu zararın izale edilmesi istenir. Bu kişi, bacaya filtre takmak suretiyle bu zararı giderebiliyorsa bunu yapması yeterli görülür. Tesisin tamamıyla kapatılması istenemez.

Zararı tazmin etmekle yükümlü olan kişi öldüğü zaman, zarar gören kişi zararını onun bıraktığı mirastan tahsil etme yoluna gider. Şayet kalan miras, söz konusu zararı karşılamaya yeterliyse zarar telafi edilir. Eğer miras, zararın tamamını karşılamaya yetecek miktarda değilse, mirasın yettiği kadarıyla zarar karşılanır, zararın kalan kısmı için, mirasçı durumunda olan kişiler kendi mallarından ödemeye zorlanamazlar.

Zararı gidermede asıl olan, yapılan zararın tam olarak karşılanmasıdır. Gasp edilen bir mal, gâsıbın elinde aynen mevcutsa geri alınır. Ancak tüketilmiş veya vasıfları değişmişse ve bu mal mislî, yani piyasada eşdeğer bir emsali bulunanlardan ise, mal sahibine aynı vasıfları hâiz başka bir mal vermek suretiyle zarar telafi edilir. Ancak gasp edilen malın tam benzerini bulmak mümkün olmazsa değerinin ödenmesi yoluna gidilir. Bu mala değer biçmede hangi vaktin; yani gasp vakti, dâva vakti veya malın piyasadan kalktığı vakitten hangisinin esas alınacağı konusunda İslâm hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.[2]

Bu her iki telafi şeklinde de, asıl mal ile ona verilen zararın telafisi arasında mantıkî bir uyum söz konusudur. Çünkü şekli ne olursa olsun sonuçta malın zararı malla karşılanmaktadır. Bazen

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 369.
2 Merğınânî, ***el-Hidâye,*** IV, 296.

böyle bir uyumun bulunmadığı durumlar da vardır. Meselâ, adam öldürmede kısas cezasının şartları gerçekleşmiş ise bu ceza uygulanır. Ancak velilerden bir kısmı katilin kısas cezasını affederse, ceza diyete dönüşür. Can ve onun telâfi edildiği mal arasında mantıkî bir uyum olmamasına rağmen, hata ile öldürmelerde nass ile,[3] kasten öldürmelerde ise nassın delâletiyle böyle bir uygulama meşru görülmüştür.[4]

İsviçre Federal Mahkemesi, komşuluk münasebetine dair Medenî Kanunun 737. maddesinin karşılığı maddesini tefsir ederken bu esası göz önünde tutmaktadır. Hiçbir kimse komşunun menfaati için kendi mülkünü ekonomik gâyesine uygun olarak kullanmaktan men edilemez. Ancak komşunun zarara maruz kalmaması için mümkün olan tedbirler alınabilir.[5]

Zararın izale edilmesine hukukî yollardan imkân bulunmadığı zaman durum olduğu hal üzere bırakılır. Hukuken meşru olmayan yollara başvurulamaz. Bir başka deyişle, zarar hukuka uygun olarak, hukukun içinde kalarak uzaklaştırılır.

Bir kimsenin hakkını elde etmek için kuvvet kullanması kural olarak hukuka aykırıdır. Hakkını elde edemeyen kimse devlet gücünden yararlanmak, mahkemeye başvurmak zorundadır. Ancak kanun koyucu, bazı özel durumlarda kuvvete başvurmayı hukuka aykırı saymamıştır. BK'nun 52. maddesinin 3. fıkrasına göre, kendi hakkını korumak için zora başvuran kimse, duruma göre devlet organlarının müdahalesinin mümkün olmadığı veya hakkının kaybolmasını önlemek için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde tazminat ödemekle yükümlü değildir. Mesela, iki ay önce çalınan radyosunu polisin yardımını istemeye imkân olmayan bir yerde tanımadığı bir şahsın elinde gören kimse kuvvet kullanarak radyosunu alma hakkına sahiptir. Bu kuvvet kullanma sırasında şahsa veya malına verdiği zararı tazmin zorunluluğu yoktur.[6]

---

3 Nisâ 4/92.
4 Şakir Hanbelî, ***Usûl***, s. 74-76.
5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 596.
6 Reisoğlu, Safa, ***Borçlar Hukuku***, İstanbul 1972, I, 122.

الْحَاجَةُ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً كَانَتْ اَوْ خَاصَّةً

32- HÂCET UMÛMÎ OLSUN HUSÛSİ OLSUN ZARÛRET MENZİLESİNE TENZİL OLUNUR[1]

Bey'bi'l-vefânın tecvizi bu kabildendir ki Buhara ahalisinde borç tekessür ettikde görülen ihtiyaç üzerine bu muamele mer'iyyu'l-icrâ olmuştur.

"*Hâcet*" ya da "*İhtiyaç*", genelde meşakkat ve zorluğa yol açan darlığı kaldırmak ve genişlik sağlamak için gerek duyulan şeylerdir. "*Zaruret*" ise, giderilmediği takdirde insan hayatının tehlikeye düştüğü bir haldir ki, 20. maddede belirtildiği gibi bu durumda yasak olan şeyler mubah olur. Buna göre, ihtiyaç halinin zaruret haline nispetle daha düşük seviyede olduğu açıktır. Bu sebeple, zaruretten dolayı meşru kılınan hüküm geçici iken, ihtiyaç sebebiyle cevaz verilen hükümler ise devamlı olmaktadır.

İslâm hukukunun insan ve toplum ihtiyaçlarına kayıtsız kalması düşünülemez. Bu ihtiyaçların karşılanmasına bazen nass, kıyas ve örfle cevaz verilirken; bazen de böyle bir delil aranmadan, doğrudan maslahat esas alınarak imkân tanınmaktadır.

İcare akdi ihtiyaçtan dolayı kıyasa aykırı olarak nass ile câiz kılınmıştır. Çünkü icâre akdi maddî olarak mevcut olmayan menfaat üzerine kurulur. Oysa İslâm hukukuna göre menfaat mal değildir. Kıyasa rağmen nass ile meşru görülen selem akdinin meşruiyet gerekçesi de ihtiyaçtır.

Aslında bey' bi'l-vefa caiz değildir. Çünkü bu akit, borç karşılığı bir maldan yararlanmak veya "bu malı, parasını sana getirdiğim zaman bana geri satman şartıyla sana satıyorum" şeklinde bir sözleşme içinde ayrıca ikinci bir sözleşme yapmak anlamına gelir ki, her ikisi de meşru değildir. Çünkü İslâm hukuk mantığına göre bu bir çeşit faizdir. Ancak Buhara halkı arasında borç ilişkileri ço-

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 46.

ğalınca böyle bir uygulamaya ihtiyaç duyulduğundan buna cevaz verilmiştir.[2]

Hakkında nass olmayan ve kendisine kıyas edilecek bir örnek de bulunmayan pek çok husus, istihsan, örf veya maslahat açısından meşru görülmüştür. Hepsinin de gerekçesi ihtiyaçtır.

Bir apartmanın ortak giderlerine herkes eşit miktarda katkıda bulunur. Oysa herkesin giderlere konu olan ortak malzemeleri eşit derecede kullanması söz konusu değildir. Aynı şekilde şehir içi ulaşımda, kısa veya uzun mesafe gidecek olanlar ve otelde kalan müşteriler, otel imkânlarını farklı kullanmalarına rağmen eşit ücret ödemektedirler. Böyle durumlarda kıyas mantığının kullanılması halinde sıkıntılar oluşabileceği gibi, hukukî ilişkilerde de karışıklık meydana gelir. Dolayısıyla bu tür ihtiyaçlar özel olsun genel olsun zaruret gibi değerlendirilir ve ona göre hüküm verilir.

İnsanların birbirleriyle ve toplumla ilişkilerini düzenleyen ilâhî düsturlar gibi, kulların yaptıkları kanunlar da onların menfaatlerini korumak ve ihtiyaçlarını karşılamak içindir. Allah'ın kendi menfaati için kullarına emir vermeye ihtiyacı yoktur. Kanun koyan da kendi keyfi için değil, halkın menfaatlerini ve ihtiyaçlarını dikkate alarak düzenleme yapmak zorundadır. Halkın ihtiyaçlarına aykırı olan, onların tabiî haklarını ihlâl eden bir kanun yapılamaz. Dolayısıyla zamanla şartların değişmesiyle, kanunla garanti altına alınmış tabiî hak ve menfaatlerinin tehlikeye düşmesi de zaruret hali olarak kabul edilmiştir. Bu durumlarda kanun ve emirleri dinlemeyenler ve kanun dışına çıkmış olanlar sorumlu tutulmuştur.[3]

Günümüzde, iş sözleşmesi, tüketim sözleşmesi gibi, şartları yasa koyucu tarafından belirlenen sözleşmelerle, kişileri büyük sınai, ticari kuruluşların karşısında koruma amacı güden, irade serbestisinin sınırlandırılmasına dair düzenlemeler, ihtiyaçları zaruretle bir tutan hukuk anlayışının günümüze yansımasıdır.

---

2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 210-211.

3 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 579.

الإضْطِرَارُ لاَ يُبْطِلُ حَقَّ الْغَيْرِ

33- IZTIRAR GAYRIN HAKKINI İPTAL ETMEZ[1]

Binaen alâ zâlik bir adam aç kalıp da birinin ekmeğini yese ba'dehu kıymetini vermesi lâzım gelir.

Iztırar, yasaklanmış olan şeyi işleme zorunda kalmaktır. Böyle bir durumda başkasının hakkı korunur. Dolayısıyla aç kalıp başkasının ekmeğini yiyen kişi o ekmeğin bedelini ödemek zorundadır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, kişinin zaruretten dolayı başkasına ait bir malı almak veya kullanmak zorunda kalması, mal sahibinin tazminat veya ücret isteme hakkını ortadan kaldırmaz.

Iztırar hali, açlık veya hayvan saldırısı gibi semavî yani tabiî, ya da ikrah gibi gayr-ı semavî şartlarla gerçekleşir. Kişinin tabiî şartlarda oluşan zorunluluk halinde başkasının malını alıp yemesi veya saldıran hayvanı öldürmesi mubahtır. Ancak yediği malın veya öldürdüğü hayvanın değerini sahibine ödemekle yükümlü olur. Yani içinde bulunduğu zorunluluk hali, hayatını kurtarmak için bu fiilleri yapmasına imkân tanır, fakat tazmin yükümlülüğünü kaldırmaz, daha doğrusu başkasının hakkını iptal etme hakkını vermez.

Şayet, başkasının malını telef etmeye sebep olan zorunluluk hali, ikrah-ı mülci' olarak adlandırılan ölüm veya bir azayı kesme tehdidiyle oluşmuş ise, zararı tazmin yükümlülüğü zorlayan kişiye ait olur. Ancak yapılan ikrah, gayr-ı mulci' yani sözü edilen tehditleri içermiyorsa zarar, onu yapan kişiye ödettirilir.[2]

Belirli süre için kiralanmış olan gemi veya uçakla yolculuk yaparken, daha gidilecek yere varmadan süre dolsa, kiralayan

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 367.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 89-90.

kişinin varılacak yere kadar zorunlu olarak gemi veya uçağı kullanma hakkı vardır. Aksi halde havada veya denizde hayatî tehlike içinde olacaktır. Ancak zorunlu olarak anlaşma dışı kullandığı süre için, ecr-i misil yani piyasa değeri üzerinden kira ücreti öder.[3]

Çocuk için bir bakıcı tutulsa, üzerinde anlaştıkları süre dolmasına rağmen çocuğun hâlâ bakıma ihtiyacı olsa ve çocuğun, bu kişiden başkasını bakıcı olarak kabul etmediği için hayatı tehlikeye girerse, bakıcı süre dolmasına rağmen görevine devam etmeye zorlanır ve kendisine ecr-i misil ödenir. Böylece zorunluluk hali başkasının hakkını iptal etmemiş olur.

İznini kullanmakta olan bir devlet memuru, izni bitmesine rağmen görevine başlamasını engelleyecek derecede bir zorunlulukla karşılaştığı zaman, söz konusu zaruret ortadan kalkıncaya kadar kendisine izin verilir. Ancak verilen bu izin, bir sonraki yılda kullanacağı izinden düşülür. Bu şekilde hem zorda kalan devlet memuru mağdur edilmemiş, hem de devletin hakkı korunmuş olur.

Iztırar halinde başkasının malına verilen zararı gidermek için yapılan ödeme *fidye-i necât* yani, selamete erişme kefaretidir.

Kamulaştırma, çevreye ve pek tabii kişiye zarar veren işletmeler, gerekli şekilde yerine getirilmeyen veya getirilemeyen hizmetler ve bir hizmet -isterse kamu hizmeti olsun- yerine getirilirken, çaresizlik içinde kişiye verilen zararlar bu ilkeye göre kişinin hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

Bu kaide, kişi haklarını öne çıkaran ve bu hakları korumaya değer hukuki değerlerin başında gören günümüz hukuku bakımından da önemli ve geçerli bir ilkedir.[4]

---

3 Ahmed Ziya, ***Mecelle,*** s. 70.
4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 37.

مَا حَرُمَ أَخْذُهُ حَرُمَ إِعْطَاؤُهُ

34 - ALMASI MEMNU' OLAN ŞEYİN VERMESİ DAHİ MEMNU'DUR[1]

İslâm hukukuna göre alınması ve kullanılması yasak olan bir şeyin başkasına teklif edilmesi veya verilmesi de yasaktır. Çünkü yasak olan bir şeyin teklif edilmesi, karşı tarafı o fiili işlemeye teşvik etmek demektir ki bu da, hem dinen hem de hukuken yanlış bir davranıştır. Kâidede "*memnu'*" sözcüğü mutlak olarak kullanıldığı için, yasaklık haram ve mekruh olanları da kapsar.

Alınması yasak olan şeylerin başında rüşvet gelmektedir. Özellikle hukuk düzeni açısından çok büyük bir tehlike olarak nitelenebilecek olan rüşvetin alınması kadar verilmesi de suçtur. Bu İslâm hukukunda böyle olduğu gibi, hukukun üstünlüğüne inanan ve hukuk düzeniyle yönetilen bütün dünya devletleri ve toplumları için de aynıdır. Aksi takdirde hukuk düzeninden bahsetmek mümkün değildir.

Kâidede geçen "almak" ve "vermek" ifadeleri, sadece "el ile alıp vermek" şeklinde sınırlandırılamaz. Bununla zimmete geçirmek de anlaşılabileceği gibi, hatır-gönül ilişkileri sebebiyle yapılan kayırmaların da anlaşılması kaçınılmazdır.

Her türlü ekonomik ilişkide, İslâm dininin yasaklamış olduğu ribanın alınması yasak olduğu gibi verilmesi de yasaktır.

Alınıp verilmesi yasak olan bir diğer şey de, uyuşturucu maddelerdir. Bunun yanı sıra, tarihî eserler ve alım satımı kanunla yasaklanmış birtakım maddeler de aynı yasak kapsamı içindedir. İster almak isterse başkasına vermek amacıyla bunları yanında bulunduranlar suç işlemiş olurlar. Falcılık, büyücülük gibi dinin yasakladığı işleri yaparak bir gelir elde etmek de yasaktır. Dolayı-

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 79.

sıyla bunları meslek edinenlere bu işlerinden dolayı ücret vermek de yasaktır.

Teröristlerin tehdidi karşısında canı veya malı kurtarmak için verilen rüşvet, zalim insanların zararlarından kurtulmak için onlara verilen mal gibi bu maddenin istisnaları da vardır. Ancak bu istisnalar, 21. maddede sözü edilen, "bazı zorunlu durumlarda haram olan şeylerin mubah olacağı" hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Böyle durumlarda, yasal olmayan malı alan kişi için yasak hükmü geçerlidir, yani söz konusu kişi böyle davranmakla bir yasak çiğnemiştir. Yasak, sadece vermek zorunda olan kişi için geçici olarak kalkmıştır.[2]

Mesela, bir çocuğun malını bir şahıs gasp eder, velisinin de elinde bir deli bulunmaz ve o gâsıbın da yalan yere yemin edeceği ve rüşvet almadıkça gasp ettiği malı iade etmeyeceği kesin olarak bilinirse, velinin veya vasinin o malı kurtarmak için rüşvet vermesi caiz olur. Çünkü rüşvet haksız bir davayı kazanmak için verilen maldır. Burada hakkın kurtarılması söz konusudur. Ancak alan için haramlık devam eder. Fakat bir memura, meselâ bir hakime rüşvet verilmesi kesinlikle haramdır. Çünkü hakim, üstlendiği adalet görevini hakkıyla yerine getirmekle yükümlüdür ve onun hakkında "zulmünü def' etme" kaidesi geçerli olmaz.[3]

Türk Ceza Kanunu'nun 211. maddesi rüşvet alıp vermeyi, 512. maddesi ise, bir suçtan hâsıl olan para veya diğer eşyanın bilerek kabul edilmesini veya saklanmasını ya da satın alınmasını yasaklamıştır.

---

2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 91; Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 42; Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 215-216.

3 Bilmen, ***Kâmus,*** I, 266.

مَا حَرُمَ فِعْلُهُ حَرُمَ طَلَبُهُ

35 - İŞLENMESİ MEMNU' OLAN ŞEYİN İSTENMESİ DAHİ MEMNU' OLUR[1]

Almak ve vermek işlemleri bir fiil olarak değerlendirildiği takdirde, bu maddenin önceki kâideye yakın bir anlam taşıdığı görülmektedir.

Yalan yere şâhitlik yapmak, zulmetmek, başkasının malını gaspetmek veya çalmak gibi fiillerin yapılması haram olduğu gibi, söz konusu şeylerin meydana getirilmesini başkasından istemek ve o kişi vasıtasıyla meydana getirtmek de haramdır. Hülasa, bir kimsenin bizzat yasak olan bir şeyi yapması nasıl haramsa, başkasına yaptırması da haramdır.[2]

Yalan yere yemin etmek yasak olduğu gibi, başkasından bunun istenmesi de doğru değildir. Ancak bir kişinin haklı olan dâvasını inkâr eden dâvalıya, yalan söyleyeceğini bile bile yemin teklif etmesi, bu kâideden bir istisna olarak caiz görülmüştür. Çünkü dâvalı belki yemin etmekten çekinebilir ve bu şekilde dâvacının hakkını ispatlama ihtimali söz konusu olabilir.[3]

Günümüzde uygulanan hukuk sistemlerinde de bu kâidenin hükümleri geçerlidir. Yapılması yasak olan şeyin, başkasından doğrudan veya dolaylı olarak istenmesi günümüz hukukunda "suça azmettirme" olarak nitelendirilmiş ve asıl fâile nispetle hafif olmakla beraber önemli cezalar getirilmiştir. Ceza sorumluluğunda "iştirak", hukuki sorumlulukta "müteselsil sorumluluk" (BK. 50) hükümleri bunun bir ifadesidir. Özellikle cezâî ehliyeti olmayan kimselere, kanunen yasak olan bir kısım fiillerin, başkaları tarafından azmettirilmek suretiyle işlettirildiği dikkate alındığında bu kuralın ne kadar isabetli olduğu daha iyi anlaşılmaktadır.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 79.
2 Ali Ulvi, ***Telhîs,*** s. 64-65.
3 Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 42-43.

اَلْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ

36- ÂDET MUHAKKEMDİR[1]

Yani hükm-ü şer'îyi ispat için örf ve âdet hakem kılınır. Gerek âm olsun ve gerek hâs olsun.

Hüküm vermede örf ve âdet belirleyicidir. Mahiyet bakımından farklı[2] olsa da, hukuken aynı anlam için kullanılan örf ve âdet sözcükleri[3] terim olarak; "toplum hayatından doğmuş bulunan ve uzun zamandan beri uygulanması sebebiyle hukuken bağlayıcı sayılan ve yazılı olmayan hukuk kuralları"[4] olarak tanımlanmıştır.

Âdet, bazı hareketleri sık sık tekrarlamak suretiyle insanın otomatik olarak düşünmeden bir işi yapmasıdır. Eğer karşılıklı ilişkide bulunanlar defalarca aynı şartları kabul ettikleri için sözleşme sırasında artık bunları konuşmayı akıllarından geçirmiyorlarsa âdet var sayılır.[5]

İslâm hukukunda, bir konu hakkında Kur'an-ı Kerim ve Sünnette bir delil bulunmadığı zaman, halk arasında yerleşmiş olan örf ve âdetlere göre hüküm verilmesi esas alınmıştır. Ancak bu örf ve âdetlerin İslâm dininin temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir. Zaten usûl hukukçuları, söz konusu prensiplere uygun olup olmaması yönünden örfü, sahih örf ve fasid örf şeklinde bir ayırıma tâbi tutma gereği duymuşlar ve buna göre farklı hükümler koymuşlardır.

Örf, yaygınlık açısından âm ve hâs olarak ayrıca ikiye ayrılmıştır. Ülkenin genelinde asırlardır uygulana gelen örf ve âdetler âm, bir şehir veya bölge halkı ya da sanat ve meslek erbabı ara-

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 46.

2 Örf ve âdet arasındaki münasebet ve fark için bkz. Şener, Mehmet, ***İslâm Hukukunda Örf,*** İzmir ty., s. 106-107.

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 92.

4 İmre, Zahit, ***Medenî Hukuka Giriş,*** İstanbul 1976, s. 166.

5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kaideleri"***, s. 585.

sında yaygın olan örf ve âdetler de hâs olarak nitelenmiştir.[6] Kıyasa aykırı olmasına rağmen, istısna' akdinin sahih görülmesi, bu konuda asırlardır devam eden genel bir örf sebebiyledir. Bu arada örfün diğer bir kısmı da, bazı özel dinî anlamları kastetmek için kullanılan şer'î örftür ki, bu da hâs örf içinde değerlendirilmektedir. "Salât" ve "zekât" sözcükleri aslında "dua" ve "temizlik" anlamındadır. Ancak sonradan, dinî bir terim olarak "namaz" ve "nisap miktarı maldan fakire vermek" anlamını kazanmışlardır.

Âm olan örf ile sabit olan hüküm de âmdır. Meselâ bir kimse; "filancanın evine ayak basmayacağım" diye yemin etse, sözlük anlamı itibarı ile "çıplak ayakla basmamak" anlaşılması gerekirken, genel bir örf anlayışı sebebiyle "eve girmek" anlamında değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla bu kişi, sözünü ettiği eve ister yürüyerek isterse binekle girsin, yeminini bozmuş olur. Fakat eve girmeden, sadece bir ayağını koymuş olsa yemini bozulmamıştır.

Hâs olan örfle sabit olan hüküm de hâstır. Yani o örfün bulunduğu yerle sınırlı olur. Meselâ, gelirleri hayır yoluna sevk edilmek amacıyla koyun keçi vb. taşınabilir malların vakfedilmesi, böyle bir uygulamanın bulunduğu bölgelerde geçerli görülmekle beraber bu tür âdetin bulunmadığı yerlerde geçerli kabul edilmemiştir.

Toplumdaki örf ve âdet, uygulamalı ya da sözlü olarak cereyan eder. O bölgede yenen ekmek ve gıda türlerine dair örf uygulamayla oluşmuştur. Özellikle alış veriş ve ticarete dair terimler de sözlü örftür. Buna göre, buğday ekmeği yenen bölgede "ekmek" sözcüğü mutlak olarak kullanıldığında buğday ekmeğine; "para" sözcüğü de ülkenin kullandığı para birimine hamledilir.[7]

Toplumun örf ve âdeti zamanla değişime uğrayabilir. Bu takdirde son durum esas alınır. Ebû Hanife ile İmam Muhammed, nassta adı geçen bazı uygulamaların sonradan oluşan örfî değişik-

---

6 Zeydan, Abdulkerim, ***el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh,*** Bağdat 1967, s. 216.

7 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 94-95.

liklerden etkilenmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, sözgelimi Hz. Peygamber zamanında hangi mallar ölçü veya tartı ile satılmış ve Hz. Peygamber'in hadislerine ne şekilde geçmişse, o konuda örfî değişikliğe itibar edilmez. Ancak Ebû Yusuf bir görüşünde, böyle bir anlayışın zorluğa yol açacağı gerekçesiyle yaşanılan zamandaki örfî anlayışa itibar edilmesini esas almıştır.[8] Hz. Peygamber'in konuyla ilgili ifadelerinin o günkü örfle ilgili olabileceği dikkate alındığında, Ebû Yusuf'un görüşünün daha isabetli ve uygulanabilir olduğu görülmektedir. Aksi halde bu, günümüzdeki ticari hayatı, asırlar öncesindeki ticari hayatın basit ve dar kalıplarına sığdırmaya çalışmak olur.

Medeni Kanunun 1. maddesinde, hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hâkimin örf ve âdete göre hüküm vereceği esası benimsenmiştir.

Bu kısa izahtan da anlaşılacağı gibi, adalet dağıtmakla görevli olan kişinin, içinde yaşadığı toplumun genel ya da özel örf ve âdetlerini iyi bilmesi gerekmektedir. Çünkü nasslarda ve elindeki mevcut kanun ve yönetmeliklerde bulunmayan pek çok husus, örf ve âdetler dikkate alınarak açıklığa kavuşturulmak durumundadır.

Günümüzde örf ve adet, "Kuvvetini kanundan değil, teamülden alan kurallardır." Medeni Kanunun 1. maddesi örf ve âdeti, yasadan sonra ikinci hukuk kaynağı olarak kabul etmiştir. Bunun anlamı şudur: "Hakim kanun boşluklarını doldururken devlet müeyyidesi ile teyit edilmiş olan örf ve âdeti, yani örf ve âdet hukukunu göz önünde bulundurabilir." Ne var ki mahkemelerimizin örf ve âdete dayanarak hüküm kurdukları pek görülmemiştir; örf ve âdete bir hukuk kaynağı olarak dayanan dava ve emsal karar hemen hemen yok gibidir.[9]

---

8 İbn Abidin, ***Neşrü'l-Arf fî Binâi Ba'dı'l-Ahkâmala'l-Orf,*** (fî Mecmaati Resâili İbn Abidin), İstanbul 1325,II, 115; Ali Haydar, ***Durer,*** I, 99.

9 İlhan, ***Mecelle,*** s. 39.

اِسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا

37- NÂSIN İSTİ'MALİ BİR HÜCCETTİR Kİ ANINLA AMEL VÂCİB OLUR[1]

Toplumun uygulamaları, hüküm vermede uyulması zorunlu bir delildir.

Âdet, lafzın vaz' edildiği aslî mânasının mecazî mânaya örfen; *isti'mal* ise şer'an nakledilmesidir.[2] Böyle bir ayırıma gidilmesine rağmen, bu maddenin bir önceki kâideyle aynı mânayı ifade ettiği açıktır. Ancak bu kâidede, örf ve âdetin hukukî bir bağlayıcılık ifade etmesinin vurgulanması önemlidir.

Toplum hayatında gelişen değişik olayların hükümlerinin tamamını Kur'an ve Sünnet'te bulabilmek mümkün olmadığı gibi, devletin yasama organı tarafından yakın zaman diliminde çıkarılan kanunlarda dahi buna imkân bulunmamaktadır. Bu durumda, nasların ya da kanunların genel amacına ters olmamak kaydıyla, insanların uygulamalarının, hukukî bağlayıcılığı olan bir delil olarak kabul edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

İnsanların uygulaması ister genel, isterse özel olsun hukukî ilişkilerde belirleyici rol oynar. Yevmiyeci olarak çalıştırılan bir kişinin çalışma süresini, özel bir düzenleme yoksa örf belirler. Bu, duruma göre güneşin doğmasından batmasına kadar olabileceği gibi, belirli bir saatle de belirlenebilir. Ancak, öğle vaktine kadar kiralanan bir işçinin çalışma süresi konusunda, örfen sınırlanan zamanın ölçü alınması sahih olmaz. Çünkü anlaşmada açık bir süre zikredilmiştir.

Bir kap içinde gönderilen hediyeye kabın dahil olup olmadığını örf belirler. Hediye bir tabak veya sepet içinde verilmişse, örfen tabağın ya da sepetin iade edilmesi gerekir. Ancak özel kutu

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 366.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 97.

ve ambalaj içinde gönderilen hediyelere söz konusu kutu ve ambalaj da dahildir.[3]

İnsanların, hukukun her bölümü için oluşturdukları sözlü ve uygulamalı örfleri vardır. Sözgelimi, kişilerin iffet ve namusuna dil uzatmak anlamına gelen bazı kötü sözler, böyle bir niyet ve amaç taşımadan bir bölgede yaygın hale gelebilir. Şüphesiz bu kötü bir şeydir. Bunun kaldırılması ve kaldırırken de ta'zir denebilecek cezaların verilmesi gerekir. Ancak, kullanılan cümlenin aslî anlamı ölçü alınarak, naslarda veya kanunda belirtilen hakaret cezalarını uygulamak da hukukî olmaz. Çünkü söz konusu sözlerin, vaz' edildiği mânâda kullanılmadığı örf ile sâbittir.

Başlık parası, İslâm dinine aykırı bir uygulama olduğundan fasit bir örftür ve evlenmelerde bir hükmü yoktur. Diğer taraftan, ülkemizin hemen her yerinde kız istemelerde talep edilen ve sonunda kararlaştırılan altın, hayvan ya da tarla gibi taşınır ya da taşınmaz bir maddî meblâğdan söz edilir. Bu uygulama ifade yönünden farklı olmakla beraber mahiyet itibarıyla mehir anlamındadır.

Yargıtay hukuk genel kurulu çeşitli tereddütlerden sonra, yasal faiz oranı ile bankaların mevduat faizleri oranı arkasındaki farkı, varsayılan zararı (soyut zarar), Borçlar Kanunu'nun temelini oluşturan somut, gerçek zarar gibi nitelendirerek, "munzam zarar" kapsamına almıştır (BK. 104). Bunda şüphesiz, yüksek enflasyon oranlarının sonucunda, toplum yaşamında bu yönde oluşan değerlerin, düşük faiz oranının toplumun adalet duygusunu rencide etmesinin yönlendirmesi vardır. Birçok Yargıtay kararında "hayatın olağan akışına" uygunluk veya aykırılığın haklı olarak, bir değerlendirme ölçüsü şeklinde ele alındığı görülmektedir. Bunun da anlamı, sonuçta elbette hüküm kurulmasında insan unsurunun, toplum yaşam değerlerinin en azından bir değerlendirme ve yorumlama kaynağı olarak ele alınmasıdır.[4]

---

3 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 73.
4 İlhan, ***Mecelle***, s. 40-41.

الْمُمْتَنِعُ عَادَةً كَالْمُمْتَنِعِ حَقِيقَةً

38 - ÂDETEN MÜMTENİ' OLAN ŞEY HAKİKATEN MÜMTENİ' GİBİDİR[1]

İmtina, yani bir şeyin mümkün olmaması ya âdeten olur veya hakikaten olur. Âdeten mümkün olmama, âdet ve teamüllere göre mümkün olmamayı ifade eder. Sözgelimi bir kimse kendisinde başkasına ait bir mal olduğunu ikrar etse, bu ikrarı ile sorumlu tutulur. Çünkü âkil bâliğ bir kimsenin kendi aleyhine yalan yere bir şey ikrar etmesi âdetan mümkün değildir. Hakikaten mümkün olmama ise, gerçekleşmesi aklen mümkün olmayan şeylerdir. Meselâ, kişinin kendinden büyük veya kendi yaşında bir çocuğunun olması gerçek hayatta mümkün değildir. Dolayısıyla bu kişi, böyle durumdaki biri için babalık iddiasında bulunsa dâvası dinlenmez.[2]

Bazı şeyler gerçekte mümkün olabilir; ancak âdeten gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu takdirde gerçekte mümkün olmayan bir şey gibi değerlendirilir. Normal şartlarda bir kimsenin başkası hakkında malî yönden yüksek tutarda bir dâva açması mümkündür. Ancak fakirliği belli olan, miras veya başka meşru yollarla büyük servet edindiği belgelenemeyen bir kişinin böyle bir dâva açması halinde bu dâva reddedilir. Çünkü bu durumdaki birinin böyle bir dâva açması âdeten mümkün değildir.

Müşteri, bir malı satın aldıktan sonra inşaat yapma veya ağaç dikme gibi bir tasarrufta bulunsa, daha sonra bütün bunları gören ya da bilen başka birisi, söz konusu malın kendisine ait olduğunu veya o malda hissesinin bulunduğunu iddia etse bu dâva red olunur. Çünkü böyle bir durum âdeten mümkün değildir.

Tevatür yoluyla sabit olan bir şeyi yalanlayan kişinin yalanladığı konuyla ilgili dâvasına bakılmaz. Bu konuda delil getirmesi

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.
2 Bilmen, ***Kâmus***, I, 267.

de istenmez. Zira böyle kesinlik ifade eden şeylerin inkârı âdeten pek görülmüş şey değildir.[3]

İnsan yetiştiği şartların gerektirdiği maddi ve manevi menfaatine uygun hareket eder. Aksine davranışı nadiren vuku bulur. Bu takdirde de mutlaka gizli kalmış bir maddi veya manevi bir menfaatin tatmini söz konusudur. Meselâ, aklı başında birinin hiç gerek yok iken suçunu polise haber vermesi, menfaatlerine aykırı olması sebebiyle âdeten mümteni olduğundan, yargıç bu iddianın doğruluğunu ispat için delil dinlememelidir. Fakat fâil, pişman olarak veya teselliye duyduğu ihtiyaç sebebiyle suçunu bir dostuna itiraf etmiş olabilir. Bu vicdanını rahatlatacağından mânevî bir menfaattir. Daha sonra suçunu itiraf ettiği kimse, bu kişiye düşman olarak onun ikrarına şâhitlik etse bu şehâdet dikkate alınabilir. Zira bir kimsenin mânevi menfaatlerine uygun görülen itirafı âdeten mümkündür.

Bir hareketin âdeten mümkün olup olmadığını tayin için fâilinin gizli maksatlarını da araştırma gereği vardır. Gizli maksat meydana çıkmadıkça âdeten mümkün görülmeyen bir hareketin ispatı için getirilecek delillere güvenmemelidir. Bir kimsenin sebepsiz olarak maddî veya mânevî menfaatine tamamen aykırı bir iş işlediği açık olarak sâbit olursa, onun temyiz kudretinden mahrum olarak, şuursuz hareket etmiş olduğunu farz etmek gerekir.

Mecelle âdeten mümteni olan şeyi hakikaten mümteni saymamış, *mümteni gibi* saymıştır. Dolayısıyla yargıç özel bir maksatla ferdin genel veya özel alışkanlıklar dışında bir iş yaptığını gösteren delilleri tetkik etmekten memnu değildir.[4]

---

3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 225-226.

4 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 603-605.

لاَ يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الأَزْمَانِ

39 - EZMANIN TEĞAYYÜRÜ İLE AHKÂMIN TAĞAYYÜRÜ İNKÂR EDİLEMEZ[1]

Zamanın değişmesiyle hükümler de değişir. Hükümlerin farklı olması kullanılan delillerin farklılığından ya da zamanın ve şartların değişmesinden kaynaklanmaktadır. Kâidede sözü edilen, ikinci hususun ifade ettiği değişmedir.

Değişim, Yüce Allah'ın "*sünnetullah*" olarak adlandırılan kanununun bir gereğidir. İnsan mükemmel olarak yaratılmakla beraber, yine bu yaratılışın gereği olarak sürekli değişim içinde olmuştur. İnanç esaslarında bir değişiklik olmamasına karşılık, insanın özellikle Allah'a ve topluma karşı amelî yükümlülükleri, değişen zaman ve şartlara göre farklılık arz etmiştir. Önceki kavimlere yüklenen bazı yükümlülüklerin İslâm dininin mensuplarına yüklenmemiş olması ve İslâmî hükümlerin benimsetilmesinde tedricî bir yol izlenmesi, bunun önemli delilidir.

İslâm hukukunda hükümlerin değişmesi, nassın bulunmadığı hususlarda değişen maslahat anlayışına bina edilmiştir. Bu husus, hak olanı gerçekleştirmeyi ve yararlı olanı elde edip zararlı olanı def' etmeyi prensip edinen İslâm hukukunda, Şâri'in gâyesine ulaştıracak vesile ve yolların değişmesinden başka bir şey değildir. İslâm hukuku bu vesile ve yolları tek tek belirlememiş, aksine her zaman en uygun olanın tercih edilmesine imkân tanımıştır.[2]

İslâm dininin ilk dönemlerinde evler, odalarının vasıfları yönünden standart inşa edilmekteydi. Bu sebeple, satış sırasında müşterinin evin bir odasını görmesi yeterli sayılır ve bu şekilde görme muhayyerliği kalkmış olurdu. Sonraları, evler farklı vasıflardaki odalardan oluşmaya başlayınca, bütün odaları görmedik-

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.
2 Mustafa Zerkâ, ***Medhal***, II, 925.

çe müşterinin, satın aldığı evdeki görme muhayyerliğinin kalkmayacağına hükmedildi.

Şâhitler hakkında açık ya da gizli "tezkiye" yani, güvenilirlik araştırması yapılıp yapılmaması da, toplumun ahlâk yapısındaki değişimle ilgilidir. Ebû Hanîfe, kendi zamanında iyi ahlâkın yaygın olması sebebiyle dâvaya taraf olanlardan biri istemedikçe tezkiyeye ihtiyaç olmadığına hükmetmiştir. Daha sonra ahlâkın zayıflamasını dikkate alan İmam Muhammed ve Ebû Yusuf, şâhitlerin mutlak olarak tezkiyesi yönünde içtihatta bulunmuşlardır.[3]

Âdil şâhidin bulunamadığı zamanlarda, ahlâkı zayıf olduğu halde kısmen iyi sayılabilecek kişilerin şehâdetinin kabul edilmesi; ehil kadı bulunamadığı takdirde, lâyık olmamakla beraber mevcutların içinden en uygun olanının tayin edilmesi; suçluları ve kamuyu tehdit eden diğer zararları engellemek için yeni siyasî hükümler ihdas edilmesi bu kâidenin örneklerindendir. Nitekim Ömer ibn Abdilaziz; "insanların işledikleri suç oranında hükümler ihdas olunacaktır" buyurmuştur.[4]

Buraya kadar anlatılanlar, örf ve âdet sebebiyle gerçekleşen değişikliği ifade eden kâidelerin devamı niteliğindedir. Asıl üzerinde durulması gereken, nass bulunsun bulunmasın, herhangi bir hüküm ya da uygulamada zaman süreci içinde ortaya çıkan değişikliklerdir. Hz. Ömer zamanında atlara zekât konulması, müellefe-i kuluba zekât verilmesinin uygulamadan kaldırılması, "sevâd" uygulamasında taşınmaz malların ganimet sayılmaması, diyet ödemesinin, kâtilin yakın akrabası olan asabe yerine divana bırakılması, hakkında nass bulunan konularda yapılan değişikliklerdir.[5]

Hakkında nass olması sebebiyle, küçük çocukların velileri tarafından evlendirilebileceğine hüküm veren meşhur İslâm hukuk ekollerinin görüşü, Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi'nin 7. maddesiyle kaldırılmıştır. Gerekçe olarak da, kanunnamenin çık-

---

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 101-102.

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 299.

5 Erdoğan, Mehmet, ***İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi,*** İstanbul 1990, s. 94-95.

tığı zamandaki ahvalin değişmesi gösterilerek uzunca bir açıklama yapılmıştır.[6]

Sosyal ve ekonomik hayatta baş döndürücü bir değişim hızının yaşandığı günümüzde, İslâm dininin temel prensipleri ve nassların amaçları doğrultusunda olaylara bu tür yaklaşımda bulunmak bir zorunluluk olarak gözükmektedir.

İslâm hukuku, ilâhî kaynaklı hukuk kâidelerinin yanında ve en az onlar kadar etkili sosyal kaynaklı hukuk kâidelerini kabul etmektedir. Bazı İslâm hukukçuların daraltıcı yorumları, örf, âdet ve maslahat gibi din dışı sosyal kaynaklı kuralları ilâhî kaynaklı kurallarla eşdeğer gören ilkelerle doğrulanmamaktadır. Bu kâide, dün veya bugün, toplum yaşamının hukuka etkisini, bir başka deyişle hukukun sosyal karakterini özlü bir şekilde ifade etmiştir.[7]

Kanunlar insanların ahlâk, alışkanlık ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak hükümler koyar. Hiçbir kanun ebedî bir hareket düsturu olamaz. İnsanların ahlâk ve alışkanlıkları değişince, bunlar dikkate alınarak konmuş olan hükümlerin de değişmesi zarurî olur.

Zamanın değişmesiyle artık ihtiyaçlara uygunluğunu kaybeden bir kanun değişmese bile uygulanma imkânını kaybeder. Bu, halk hâkimiyetinin geçerli olduğu ülkelerde tabiî bir hukuk kâidesidir. Dolayısıyla, ister cezaî hükümleri içine alsın, ister medenî ilişkileri düzenlesin, uzun zamandan beri uygulanmayan bir kanunun kendiliğinden geçersiz olduğu prensibi, çağdaş hukukçuların ifadeleriyle de sâbittir.

Şu da var ki, insanların tabiî haklarını koruyan ilâhî emirler ve bazı nadir kanunlar ve kâideler zamanla değişmez.[8]

---

6 Çeker, Orhan, ***Aile Hukuku Kararnamesi,*** İstanbul 1985, s. 16, 65-66.
7 İlhan, ***Mecelle,*** s. 42.
8 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri",*** s. 584

الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلاَلَةِ الْعَادَةِ

40- ÂDETİN DELÂLETİYLE MÂNAY-I HAKİKÎ TERK OLUNUR[1]

Bir sözün örfen başka anlamda kullanılması yaygınlaştığı takdirde gerçek anlamına itibar edilmez. Bilindiği gibi bazı sözlerin hakikî ve mecazî olmak üzere iki anlamı bulunur. Böyle bir sözün hakikî mânası için bir delil veya ipucu aramak gerekmezken, mecazî anlamı için, hakikî anlamının terk edildiğine dair delil aranır. Bu karine ve delillerden birisi de, kâidede belirtilen örf ve âdetin delâletidir.

Bazen lafzın hakikî mânasının anlaşılması çok zor olabilir. Meselâ, "şu ağaçtan yemem" diye yemin eden kişi için, ağacın bizzat kendisinden yememeyi kastettiğini düşünmek zordur. Dolayısıyla bu sözün, ağacın meyvesine ya da ondan elde edilen gelire hamledilmesi gerekir.

Hakiki mânanın anlaşılmasını, bazen da örfteki kullanış amacı engeller. "Lambayı yak" veya "odayı yak" sözünün hakiki anlamı, lambanın veya odanın ateşe verilmesidir. Oysa bu sözlerle âdeten kastedilen şey, aydınlanmayı sağlayacak şekilde elektrik düğmesine basılması ve odada bulunan sobanın içindekilerinin ısıtma amaçlı olarak yakılmasıdır.

Bu şekilde birçok hüküm, o bölge halkının sözcükleri kullanım amaçlarına dayandığı için, yabancı bölgeden gelen birinin dâvasına bakacak hâkim ya da fetva verecek müftü, hüküm ya da fetvaya esas teşkil edecek sözlerin, o yabancı şahsın bölgesindeki kullanımlarını göz önüne alarak hüküm vermek zorundadır.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 368.

2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 103-105; Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 76-79.

إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ

41- ÂDET ANCAK MUTTARİD YAHUT GÂLİP OLDUKDA MUTEBER OLUR[1]

Muttarid, belli bir sıra ve tertip üzere bir düzeyde olmak demektir.[2] Buna göre, âdetin muteber olması için, düzenli bir şekilde devamlı ya da çoğu zaman uygulanır olması gerekir. Dolayısıyla bu vasıfta olmayan örf ve âdete hüküm bina edilemez. Örf bahsinde de açıklandığı gibi bir uygulama, toplumun çoğunluğu tarafından sürekli veya çoğu zaman benimsenmiş olmalıdır.

Günümüzde yapılan alış verişlerde Katma Değer Vergisinin fiyatlara dahil olduğu, bilinen ve yaygın olan bir uygulamadır. Bu bakımdan mutlak bir alış verişte, satıcının anlaşılan fiyat üzerinde bu vergi için bir miktar talep etmesi kabul edilemez. Böyle bir talepte bulunabilmesi için, verginin fiyattan ayrı olduğunu önceden belirtmesi gerekir.

Ülkemizde son yıllarda özellikle beyaz eşya ve mobilya satışlarında nakliye ücreti talep edilmemesi yaygınlaşmıştır. Bu sebeple ayrıca bir ücret belirtilmedikçe, bu genel uygulama hükme esas alınır. Oysa perakende gıda satışlarında böyle bir uygulama mevcut olmadığından, müşterinin bu yöndeki talebini ihtiva eden dâvasına itibar edilmez. Bir kısım büyük mağazaların uzak semtlerden gelen müşterileri için koydukları servisler özel bir uygulamadır ve hükme esas teşkil edecek örf niteliğini kazanmış değildir.

Muteber olan örf ve âdetin, dâva konusu olan olayın meydana gelmesinden önce o beldede mevcut olması gerekir. Sonradan ortaya çıkan veya çok daha önce uygulanıp kalkan bir örfe hüküm bina edilemez.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 47.

2 Şemseddin Sami, ***Kâmus-ı Turkî,*** İstanbul 1317, s. 1363.

الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لاَ لِلنَّادِرِ

42- İTİBAR GÂLİB-İ ŞÂYİADIR NÂDİRE DEĞİLDİR[1]

"Şâyi'"; herkesçe bilinen, insanlar arasında yaygın olan, *nâdir* ise; çok az meydana gelen işlerdir. Hüküm vermede dikkate alınacak olan, nâdiren vuku bulan değil, insanlar arasında yaygın olan uygulamalardır.[2]

Bir önceki maddeyle yaklaşık olarak aynı anlamı ifade eden bu kâide, 36. maddede sözü edilen âdet kavramının açıklayıcı bir alt başlığı niteliğindedir.

Bilindiği gibi, İslâm hukukunda mefkud; yani kayıp olan, sağ ya da diri olduğuna dair bilgi alınamayan kişi, bir kısım hakları elde etmesi bakımından ölü, ancak kendisinden bir hak elde edecek başkaları açısından diri hükmündedir. Bu kişinin ölümüne karar vermek için, çocuk ölümleri ve salgın hastalık gibi istisnaî durumlar dışında, normal şartlar altında o bölgede yaşayan hemcinsi olan insanların yaş ortalaması esas alınır. Sözgelimi bu sınır 90 yaş ise, bu yaşa geldiği hesaplandığında onun öldüğüne hükmedilir. Nâdiren bu yaşın üstünde yaşayanlar da bulunabilir. Ancak hüküm nadire göre verilmez.

Medenî Kanunun 44. maddesinde; "bir kimse ölümüne muhakkak nazarıyla bakılmayı icap edecek haller içinde kaybolursa, ölüsü bulunamamış bile olsa mahallinin en büyük mülkiye memurunun emriyle künyesine ölmüş kaydı düşürülebilir..." denilmek suretiyle, kayıp kişi hakkında yaklaşık olarak aynı usûl benimsenmiştir.

Mecelle'nin 987. maddesinde belirtildiği üzere, 15 yaşını tamamlayan kişinin hükmen bâliğ sayılması bu kâide gereğidir. Zira

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 369.
2 Zeydan, ***Medhal***, s. 86-87.

çocukların bulûğa ermesi genellikle bu yaşın üstünü geçmez. Bazı çocukların daha ileri yaşlarda bulûğa ermesi nadiren vuku bulur. Dolayısıyla bu çocuklar da 15 yaşlarına geldiklerinde bâliğ olarak kabul edilirler.[3]

Hıdâne; hak sahibi kişilerin, çocuğu, kendi ihtiyaçlarını görebilecek yaşa gelinceye kadar, yetiştirip terbiye etmek amacıyla belli bir süre yanlarında tutmalarıdır. Hanefî hukuk ekolünde hıdâne süresi; farklı değerlendirmelere rağmen, erkek çocuk için 7 yaş, kız çocuk için cinsel yönden erişkin sayılabilecek 9 yaş olarak belirlenmiştir.[4]

Hukukî düzen için böyle bir tespite ihtiyaç vardır. Bazı çocukların iklim ve beslenme şartları sebebiyle bu yaştan daha önce ya da sonra kendi ihtiyaçlarını görebilecek çağa gelmeleri mümkündür. Ancak çoğunlukla hangi yaş buna imkân veriyorsa hüküm ona bina edilir. Bu tür tespitlerde toplumun yaşadığı coğrafya, sosyal, kültürel ve ekonomik durum daima etkin rol oynar.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. maddesinin ikinci fıkrası, Alman Usûl Kanunu'nda olduğu gibi, maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan olaylarda halk kanaatinin doğruluğunu ispat ile yükümlü tutmamıştır.

Halk kanaatinin delil vasfını kazanması için ne bir şehir, ne bir memleket, ne de bütün dünya halkı arasında yayılmış olması gerekmez. Bir muhiti ilgilendiren bir gerçeğin o muhite yayılmış olması; meselâ, matbuatı ilgilendiren olayın basın mensupları arasında yaygınlaşmış olması yeterlidir.[5]

---

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 106-107.

4 Dâmad, Şeyhzâde Abdurrahman, ***Mecmau'l-Enhur fî Şerh-i Multeka'l-Ebhur,*** İstanbul ty. I, 450-451.

5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 601.

الْمَعْرُوفُ عُرْفاً كَالْمَشْرُوطِ شَرْطاً

43- ÖRFEN MA'RUF OLAN ŞEY ŞART KILINMIŞ GİBİDİR[1]

İnsanlar arasındaki ilişkilerde örfen uygulana gelen şeyler, aksi açıkça belirtilmediği sürece şart koşulmuş olarak kabul edilir. Çünkü uygulamalarda her ayrıntının belirtilmesini şart koşmak, birçok sıkıntılara yol açacağı gibi buna gerek de yoktur. Bu konuda örfün yeteri kadar belirleyiciliği bulunmaktadır.

Tamirci, terzi ve kuru temizleyici gibi ücretle iş gören kimselerle ücret konuşulmadan yapılan iş ilişkilerinde, geçerli tarifenin esas alınacağı peşinen kabul edilmiş demektir.

Ücretle çalıştırılan bir işçiye yemek verilip verilmemesini de örf belirler. Yemek uygulaması bulunan bölgede işçiye yemek verilmesi, sözleşmenin bir şartı olarak değerlendirilir. Böyle bir uygulamanın bulunmaması halinde, yemek verilmemesi şart koşulmuş hükmündedir.[2]

Araba satışlarında stepne olarak adlandırılan yedek tekerleğin satışa dahil olup olmadığı sorulmaz. Bunun satışa dahil olması örfen şart koşulmuş hükmündedir. Ancak araba teybi gibi bazı parçalar için böyle bir örf oluşmaması sebebiyle bunlar satışa dahil olmaz.

Günümüzde konaklama yerlerinde kalmak için sözleşme yapılırken, orada kalış süresi içinde kullanılan elektrik ve su ücreti zikredilmez. Çünkü bu ücretlerin fiyata dahil olması, örfen sözleşmede şart koşulmuş gibidir.

Yapılan sözleşmelerde açıkça belirtilen hususlar için, örften kaynaklanan şartların geçerliliği kalmamış olur. Çünkü açık sözün bulunduğu yerde delâlete itibar edilmez.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 49.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 108; Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 52.

الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ

44- BEYNE'T-TÜCCÂR MA'RUF OLAN ŞEY BEYİNLERİNDE MEŞRUT GİBİDİR[1]

Tüccar arasında bilinen uygulamalar, kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin şartlarından sayılır. Bu kâide, önceki madde ile aynı anlamda olup, ona nispetle ticaret erbabı için daha özel hükümlere dikkati çekmektedir.

Ticarî işlemlerde aksine bir açıklama bulunmadıkça asıl olan, ödemelerin peşin olmasıdır. Bu husus tüccarın kendi aralarındaki örften kaynaklanan bir şarttır. Ancak bunun tersi bir uygulama yaygınlaşabilir. Sözgelimi, bir veya iki hafta ya da bir aya kadar ödemelerin peşin olarak kabul edildiği bir uygulama tüccar arasında örf haline gelebilir. Bu durumda hüküm için bu örf esas alınır. Ayrıca ticarî örfte, aksine bir beyan olmadıkça nakit ödeme ve bunun da o bölgede geçerli para birimi ile olması esastır.[2]

Türk Ticaret Kanunu'nun 2. maddesi, "kanunda aksine bir hüküm yoksa ticarî teamül, örf ve âdet olarak kabul edildiği tespit edilmeyen uygulamaların hükme esas olamayacağını, ancak irade beyanlarının tefsirinde teamüllerin de dikkate alınması esasının mahfuz tutulması" hükmünü getirmiştir.

Ticaret odaları, ticaret borsaları "ticari teamülleri" tespit ederler (5590 sayılı Kanun). Bu teamüller, tacirler arası sözleşmelerin şartı gibidir. Uluslararası ticarette "uluslararası ticaret odasının" tespit ettiği teamüller uygulanır. Bu teamüller sözleşmelerin yorumunda etkili olur, sözleşmeleri tamamlar. Tâcir olmayan bir kimse, borsa işlerine ait bir icapta bulunduğu takdirde, icabının borsa teamülleri dairesinde anlaşılmasını kabul etmek zorundadır.[3]

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 49.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 110; Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 53.
3 İlhan, ***Mecelle,*** s.45.

التَّعْيِينُ بِالعُرْفِ كَالتَّعيِينِ بِالنَّصِّ

45- ÖRF İLE TA'YİN NASS İLE TA'YİN GİBİDİR[1]

Bir şeyin açık sözle belirlenmesi ne hüküm ifade ederse, örfle belirlenmesi de aynı hükmü ifade eder. Kâidedeki *"nass"*, şer'i delil anlamında olmayıp, "açık bir ifadeyle belirtmek" mânasındadır.

Bu madde de önceki iki kâideyi teyit niteliğindedir. Sözleşmeler genelde açık beyanlar üzerine bina edildiği için, örfün de açık söz hükmünde olduğu vurgulanmak istenmiştir.

Bir kimse komşusundan ödünç olarak ekmek bıçağı alsa, bununla odun parçalayamaz. Bir yemek kabı alsa onunla kömür taşıyamaz. Her ne kadar ödünç alma sırasında mal sahibi bu işleri yapmasını men' etmemiş olsa da örf, bunların söylenmiş olduğunu kabul eden bir delil teşkil etmektedir. Ödünç alınan bir bineğe gücünün üstünde yük yüklenmesi, insan taşınan bir vasıtayla taş veya demir taşınması da aynı hükümdedir.

Mecelle'nin 1498. maddesinde belirtildiği gibi kendisinde satış vekâleti olan kimse, satışı peşin ya da örfün peşin kabul ettiği bir vade ile satma yetkisine sahiptir. Daha uzun vâde ile satamaz. Çünkü daha uzun vade ile satılmaması örf ile belirlenmiş olup bu, açıkça belirlenmiş gibidir.[2]

Bir kimse diğerine, kendisi için süt veya et almasını söylese, bu söz o beldede örfen bilinen süte ya da ete hamlolunur.[3]

Örfün belirlediği çerçevede kullanılan ödünç mal zâyi olduğunda tazmin gerekmez. Aksi takdirde tazmin gerekir. Çünkü örf; "amaç dışında kullanırsan tazmin edersin" şeklindeki bir açık söz hükmündedir. Kiralanan evin kullanılması konusundaki

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 49.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 111.
3 Bilmen, ***Kâmus,*** I, 269.

hükmündedir. Kiralanan evin kullanılması konusundaki hüküm de aynıdır.

Bu kâidenin özelliği, burada yorumlayıcı veya tamamlayıcı âdet ve teamüller gibi değil, örfün uyulması zorunlu bir hukuk kuralı olarak belirtilmiş olmasıdır. Bir başka deyişle, örfe aykırı hareket, yasaya aykırı hareket ile aynı anlama gelmekte ve olayına göre, aynı hukuki sonucu doğurmaktadır.

Ülkemizde örfe dayalı hukuk pek gelişmiş değildir. Bunun birinci sebebi, Osmanlı dönemi toplum yaşantı ve örflerinin, iktibas yoluyla kabul edilen yasalarımıza, hatta hukuk devrimimize aykırı olduğu içimindeki yaygın önyargıdır. Örneğin Yargıtay bugünkü anlamda bir tür boşanma tazminatı olan, eski aile yaşam ve hukukunun bir gereği olan "mihr-i müeccel"i, çeşitli karar değişikliklerinden sonra ancak 1980'lerde kabul etmiştir. İkinci sebep ise 19. yüzyılın yasa egemenliğine dayalı, örfe, toplum yaşam kurallarına önem vermeyen pozitivist hukuk -Medeni Kanunumuzun böyle bir anlayışı olduğu tam söylenemese bile- ve merkezi devlet anlayışının benimsenmiş olmasıdır.

Egger'e göre İsviçre Medeni Kanunu daha çok "tartıcı metot" ürünüdür. Ne var ki, ülkemizde daha çok pozitivist bir anlayışla iktibas edilmiş, değerlendirilmiş ve uygulanmaktadır.[4]

---

4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 46-47.

إِذَا تَعَارَضَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضِي يُقَدَّمُ الْمَانِعُ

46- MÂNİ' İLE MUKTAZÎ TEÂRUZ ETTİKDE MÂNİ' TAKDİM OLUNUR[1]

Binâen alâ zâlik bir adam borçlusu yedinde merhun olan malını âhare satamaz.

Bir konuda "engelleyici unsur" (*mâni'*) ile "icap ettiren unsur" (*muktezi*) birlikte bulunursa, engelleyici olan unsurun gereği yapılır. Bu bakımdan kişi, borçlu olduğu kişinin elinde rehin olarak bulunan malını başkasına satamaz.

Bu kâide, birbirine zıt olan bu iki unsurun (mâni' ile muktezi) aynı seviyede veya "engelleyici olan"ın üstün durumda olması halinde söz konusu olur. Verilen örnekte görüldüğü gibi, rehin olan malda alacaklı ile mal sahibi, biri alacağının teminatı olması, diğeri de mülkiyet açısından eşit seviyede hak sahibidirler. Bu durumda mal sahibinin malında tasarruf etmesine engel olan rehin olma vasfı öne geçirilir. Eğer "engelleyici unsur" daha üstün durumda ise, zaten onun gereği yapılacaktır. Meselâ, kuvvet dengesinin bulunmadığı bir durumda zâlim bir idareciye başkaldırmak daha büyük sıkıntılara yol açacağı için bundan vazgeçilir. Zira bu durumda engelleyici unsur daha üstündür. Şayet "icab ettiren unsur" üstün durumda olursa onun gereği yapılır. Sözgelimi, açlıktan ölmek üzere olan kimsenin başkasının malını almasına cevaz verilir. Çünkü burada "gerektirici olan" yaşama hakkının korunması, "engelleyici olan" da, başkasının malına izinsiz tecavüzdür. Canın dokunulmazlığı malın dokunulmazlığından daha üstün olduğu için, burada "icap ettirici"nin gereği öncelikli kılınmıştır.[2]

Uyuşturucu madde hukuken mal değildir. Bir kimse böyle bir maddeyi, hukuken mal sayılan bir şey karşılığı satın alsa sözleşme

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 59.
2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 243.

geçersiz olur. Çünkü her ne kadar karşılık olarak verilen meşru mal, akdin sıhhatini "gerektirici" olsa da, alınan malın yasal olmaması akdin geçerliliğine mâni olur.

Hâkim, kendi çocuğunun ortak olduğu bir şirket lehine hüküm vermiş olsa, bu hüküm geçersizdir. Zira hakimin kendi çocuğu lehine hüküm verememesi kuralı bir engeldir ve yabancı durumda olan şirket için gerekli olan hükmü de bozar.[3]

Bu misâllerden de anlaşılacağı gibi, *mâni*'in *muktazi*den öncelikli olması için her ikisinin de tek bir mahalde, aynı hususta bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde hüküm her birinin durumuna göre şekillenir. Meselâ, bir kimse vakıf malıyla kendi malını birleştirip ikisini bir pazarlıkla satsa, sözleşme kendi malı için geçerli olur ve hissesi nispetinde ücretini alır.

Mâni' ile *muktazî*nin aynı anda olmasıyla, *mâni*'in sonradan meydana gelmesi arasında fark yoktur. Meselâ, bir kişi lehine şâhitlik yaptığı kimse ile henüz hüküm verilmeden evlenmiş olsa, yapılan bu şâhitlik geçersiz olur. Çünkü kişinin hanımı lehine şâhitlik yapamayacağına dair *mâni*, şahâdetin gerektirdiği ispat gücünü yok eder.

Ortaklardan biri kayıp olduğu takdirde, diğer ortağın şirket malını izinsiz kullanabilmesi bu maddeden istisna edilmiştir. Halbuki kayıp olan ortağın izninin bulunmayışı, buna mani olması gerekirdi.

Bir malı kiralayan veya ödünç alan kişi, onu başkasına kiralık veya ödünç olarak verebilir. Oysa her iki durumda da mal, alan kişinin elinde vedîa hükmündedir. Dolayısıyla malın kazandığı bu vasıf, onu başkasına vermemeyi gerektirmesine rağmen, istisna olarak aksi yani, alınan maldaki tasarruf yetkisi tercih edilmiştir.[4]

---

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 112-113.

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 245, 247.

اَلتَّابِعُ تَابِعٌ

47- VÜCUTTA BİR ŞEYE TÂBİ OLAN HÜKÜMDE DAHİ ONA TÂBİ OLUR[1]

Binâen alâ zâlik bir gebe hayvan satıldıkda karnındaki hayvan dahi tebaan satılmıştır.

Birbirinden ayrılması mümkün olmayan, ya da ayrıldığı zaman zarar görmesi kaçınılmaz olan şeyler, sözleşmelere konu oldukları zaman birlikte değerlendirilirler. Kâide için verilen örnekte görüldüğü üzere, hayvan ile onun karnındaki yavru birbirinden ayrılamaz; dolayısıyla ayrı ayrı satılmaları da söz konusu olmadığı gibi, satış anında da her biri için ayrı fiyat belirlenemez.

İslâm hukukunda ziyadelik olarak ifade edilen, varlığı bir başkasına bağlı şeyler dört grupta değerlendirilmektedir:

a- Canlı hayvanın büyümesi, kilosunun artması gibi, malın bizzat kendisinden kaynaklanan ve ondan ayrılamayan artmalar.

b- Arsa üzerine ağaç dikilmesi, kitabın ciltlenmesi gibi, mala dahil olup ondan kaynaklanmayan artmalar.

c- Hayvanın yavrulaması, ağacın meyve vermesi gibi, asıl mala bitişik olmadığı halde ondan doğmuş olan artmalar ki, bunlar bugünkü hukukta *tabii semereler* olarak adlandırılmaktadır.

d- Evin ya da arazinin kira geliri gibi, maldan doğmayan ve ondan sayılmayan fazlalıklardır. Bugünkü hukuk dilinde buna *hukukî semereler* adı verilmektedir.[2]

Bu dört gruptan ilk üçü, bu kâidenin kapsamı içindedir. Yani bu artmalar aslına tâbi olup onun hükmünü alırlar. Son şıkta belirtilen gelirler aslına tâbi değildir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh***, s. 60.

2 Karaman, ***Mukayeseli İslâm Hukuku***, II, 35-36.

Satın alınan kilidin anahtarı, sütü için alınan ineğin kendi sütünü emen yavrusu, satışta ayrıca zikredilmeden satışa dahil olur. Mecelle'nin 236. maddesinde ifade edildiği üzere, sözleşme yapıldıktan sonra müşteri henüz teslim almadan önce, malda meydana gelen artmalar müşteriye ait olur. Meselâ, bir bahçe satıldıktan sonra müşteriye teslim edilmeden önce o bahçede sebze veya meyve cinsinden bir ürün artışı meydana gelse bunlar da müşteriye ait olur. Rehin olarak verilen maldaki artmalar da, asıl mala tâbidir ve rehin olarak kalır.[3]

Bir kimse hamile bir kadına öldürücü bir darbe vursa, kadın ve dolayısıyla çocuk ölse, vuran kişi sadece kadın için diyet öder, çocuk için ayrıca bir şey ödemesi gerekmez. Diyete, *ğurre* olarak adlandırılan çocuğun diyeti de dahildir.

Bir kişi çıkmaz bir sokaktaki evini sattığı zaman, satışta sözü edilmese bile o sokaktan geçiş hakkı da satışa dahildir. Ancak, söz konusu yol başka birinin mülkiyetinde ise, satış sırasında bunun ayrıca zikredilmesi gerekir.[4]

Tebaiyet yoluyla yani asla bağlı olarak mülkiyete geçen şey, henüz teslim edilmeden önce satıcının elinde helâk olsa, müşteri onun fiyattan düşürülmesini isteyemez. Malı anlaştıkları fiyattan almak ya da iade etmek arasında muhayyerdir.[5]

Buradaki "bir şeye tabi olma", çağdaş mülkiyet hukukumuzda "Mahalli örfe göre bir şeyin esaslı unsurunu teşkil eden, o şey telef veya tahrip yahut tağyir edilmedikçe ondan ayrılması mümkün olmayan mütemmim cüz'ü"ne (TMK 684/619) uygun düşmektedir. Günümüz hukuku bu kuralı benimsemiştir. Mütemmim cüz'ünün bina, ağaç ve dikili diğer şeylerin asıla abi olması asıldır. Madenler ayrı bir mülkiyet konusu olduğu gibi (MK 756/1. madde) yer altı suları bu kuralın dışındadır (MK 679/2. madde).[6]

---

3 Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 56.
4 Ahmet Zerkâ, ***Kavâid,*** 253.
5 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtar,*** IV, 552.
6 İlhan, ***Mecelle,*** s. 48.

التَّابِعُ لاَ يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ

48- TÂBİ OLAN ŞEYE AYRICA HÜKÜM VERİLMEZ[1]

Meselâ bir hayvanın karnındaki yavru ayrıca satılamaz.

Hüküm bakımından başkasına bağlı olan bir şeyin, tek başına bir hükme konu olamayacağı muhakkaktır. Yani varlığı başkasına bağlı olan bir şey, aslından ayrı olarak tek başına hukuken değerlendirilemez.

Bir canlının karnındaki yavru doğmadan önce hiçbir sözleşmeye konu ya da taraf olamaz. Ancak doğduktan ve annesine olan bağımlılığı sona erdikten sonra, müstakil bir varlık vasfını kazanır ve o zaman tek başına bir hükme konu veya taraf olabilir.

Taşınmaz bir malın geçiş ve suyolu gibi irtifak hakları, o malın kedisinden ayrı olarak alınıp satılamaz. Çünkü bu haklar aslına tâbidir. Mecelle'nin 234. maddesinde açıklandığı üzere, satışta başkasına tâbi olma konumunda olan şey için fiyatlandırmaya gidilemez. Yani onun, mala biçilen fiyatta ayrıca bir payı yoktur.[2]

Medeni Kanun da, bir şeyin mütemmim cüzlerini ve teferruatını asıl şeyin mukadderatına tâbi tutmuştur Ancak bu kanunun 685. maddesine göre, bir şeyin mâliki o şeyde temlikî tasarrufta bulunurken teferruatını istisna edebilir. Mâlik her durumda iradesiyle ekonomik icapları gözeterek bir şeyin teferruat vasfını kaldırabilir. Kanun bu konuda Mecelle ile uyum halindedir.[3] Yeni hukukta müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilmiş haklar (TMK 704/2-632/2) gibi istisnalar dışında tabi olan şey için ayrıca karar verilmez.[4]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmî'***, s. 367.
2 Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 56.
3 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 588-589.
4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 48.

مَنْ مَلَكَ شَيْئاً مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُوراتِه

49- BİR ŞEYE MÂLİK OLAN KİMSE OL ŞEYİN ZARÛRİYYATINDAN OLAN ŞEYE DAHİ MÂLİK OLUR[1]

Meselâ bir haneyi satın alan kimse ona mûsil olan tarika dahi mâlik olur.

Bir şeye sahip olan kişi, onun ayrılmaz parçası durumunda olan şeylerine de sahip olur. Aksi halde, o şeyin kendisine tam anlamıyla sahip olabilmesi mümkün olmaz. Ev satın alan bir kimse, ona gidip gelmeye yarayacak olan yoluna sahip olamadıktan sonra o eve tam olarak mâlik olmuş sayılmaz. Evin yol hakkı onun zaruriyatındandır. Buradaki zaruriyat kavramı günümüz hukukundaki "teferruat" kavramına denk düşmektedir. Teferruat, bir eşyanın iktisadi amacına erişmesini sağlayan ve ona tahsis olunan şeydir.

Mecelle'nin 1494. maddesinde belirtildiği gibi, kim bir yere mâlik olursa o yerin altına ve üstüne de mâlik olur. Yani mülkü olan arsada dilediği binayı yapmak, (imar kanunları çerçevesinde) dilediği kadar üstüne çıkmak, altını kazarak bodrum yapmak ve dilediği kadar derin kuyu açmak haklarına sahip olur.[2]

Medeni Kanunun 756. maddesinin gereği olarak, arazi içindeki kaynak, o toprağın tamamlayıcı bir parçası olup mülkiyeti, içinden çıktığı toprağın mülkiyeti ile beraber kazanılmış olur.

Yeraltı suları, genel olarak kamu yararına ait sulardandır. Dolayısıyla bir yere sahip olmak, onun altındaki suya sahip olmayı gerektirmez. Ancak kanunda belirtilen sahip olmayı gerektirmeme hali, onu bu sudan yararlanmasını engellemez. Sadece başkalarının istifade etmesine mâni olamama anlamına gelir.

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.
2 Ali Haydar ,***Durer*** , I, 116.

إِذَا سَقَطَ الأَصْلُ سَقَطَ الْفَرْعُ

50- ASIL SÂKIT OLDUKTA FER' DAHİ SÂKIT OLUR[1]

Hükümde başkasına tâbi olan şey, o hükmün kalkmasında da ona tâbidir. Ancak, tâbi olan şeyin ortadan kalkmasıyla aslın hükmünde bir değişme olmaz.

Alacaklı olan kimse, borçluyu ibrâ etse yani alacağından vazgeçse, bu borç için kefil olan kimsenin kefillik sorumluluğu da sona erer. Fakat alacaklı kefili ibrâ etse asıl borçlunun sorumluluğu kalkmış olmaz.

Alacağına karşılık elinde rehin bulunduran kişi, alacaklısından borcunu ibrâ yahut ona hibe etse, rehin olan elindeki mal rehin olmaktan çıkıp emanet vasfını alır. Bu malın helâki söz konusu olduğunda tazmini gerekmez. Oysa borçlu, borcunu ödedikten sonra rehini elinde tutmaya devam eden alacaklı, helâk olması halinde rehini tazminle yükümlüdür.

Bir alacak, kanun hükmü veya tarafların iradesiyle fer'i haklarla donatılabilir. Fer'i haklar alacağın unsuru değil hususi ve alacaktan ayrı, onun gayesine hizmet eden ve onunla hukuki irtibata malik olan haklardır.

Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi "borçların ferilerinin sukutu"nu düzenlemiştir. İlke aynıdır: Asıl borç ödenmekle veya başka bir şekilde ortadan kalktığı takdirde, kefalet, rehin ve diğer fer'i haklar da ortadan kalkmış olur.

Keza asıl alacak hakkında zamanaşımı meydana gelince fer'i alacaklar hakkında da zamanaşımı meydana gelmiş olur (BK. m. 131) hükmüyle de aynı ilke, günümüzde bir kere daha tekrar edilmiş, güçlendirilmiştir.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 372.
2 İlhan, ***Mecelle***, s. 49, 50, 51.

السَّاقِطُ لاَ يَعُودُ

51- SÂKIT OLAN ŞEY AVDET ETMEZ[1]

Yani giden geri gelmez.

Şüphesiz bu kâide İslâm hukukundaki bütün haklar için geçerli değildir. Çünkü İslâm hukukundaki hakların tamamı düşürülmeye elverişli değildir. Bu sebeple, kâidenin kapsamı içine giren hakların niteliklerini ana hatlarıyla belirlemek gerekmektedir.

Ahmed Zerkâ, düşürülmeye elverişli haklar için bazı vasıflar tespit etmiştir:

a- Aynî hak olmamalıdır. Vâris mirastaki hakkını, vakıf malında hakkı olan kimsenin de, mütevellinin elinde mevcut olan, vakıftan elde edilmiş gelirdeki hakkını ıskat etmesi geçerli olmaz.

b- Hak sahibi kendi adına çalışıyor olmalı. Vakıf işleriyle görevli olan kişi ile vekaletle iş gören kimse vekil olduğu işlerle ilgili tasarruflarda böyle bir hak kullanamazlar.

c- Iskat edilecek olan hak, ıskat anında mevcut olmalı. Kişinin görme muhayyerliği hakkı, malı gördükten sonra sâbit olur. Dolayısıyla mal görülmeden önce bu hak düşürülemez. Şuf'a hakkı da mal satıldıktan sonra doğduğu için önceden ıskat edilemez.

d- Hak, mutlak olarak ya da çoğunlukla ıskat edecek kişiye ait olmalı. Dâvalıya yemin teklif etmek hâkimin hakkıdır. İftira için verilecek cezada ise Allah hakkı (kamu hakkı) gâliptir. Bu tür konularda kişinin kendisi tam ya da çoğunlukla hak sahibi olmadığı için ıskat hakkı da yoktur.

e- Iskat hukuki bir prensibi değiştirmemelidir. Bir kimse bilerek veya bilmeyerek kiradaki bir malı sahibinden izinsiz olarak satın alsa, yaptığı sözleşmeyi bozmak ya da kira süresinin sonunu

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 369.

beklemek arasında muhayyerdir ve bu muhayyerlik hakkı düşürülemez. Zira bunu yapmak, müşteriyi, aldığı malın teslimini kira süresinin sonuna kadar tecil etmeye zorlamak anlamına gelir ki, bu da bâtıldır ve hukuki prensibe aykırıdır.[2]

Bu genel esaslar çerçevesinde konu ile ilgili bazı örnekleri şöyle sıralayabiliriz:

Kişinin, sattığı malın ücretini alabilmek amacıyla malı elinde tutma hakkı vardır. Ancak ücreti almadan malı teslim etmişse, bu hakkını ıskat etmiş sayılır. Ücreti ödemediği için o malı müşteriden geri isteyip, hapis hakkını artık kullanamaz.

Vasiyet malın üçte biri için geçerlidir. Şayet vasiyet edilen mal bu oranı aşıyorsa, aşan miktarın geçerliliği mirasçıların onayına bağlıdır. Onayladıkları takdirde, bundan geri dönmeleri mümkün değildir. Çünkü kabul etmeme hakları düşmüştür ve giden de geri gelmez.

Mecelle'nin 873. maddesinde belirtildiği gibi, alacaklı alacağını borçluya hibe etse, bu hibesinden rücû edemez. Zira alacağın borçluya hibe edilmesiyle, borç o anda sâkıt olur ve tekrar geri gelmez.

Bir arsada yol hakkı bulunan kimsenin rızasıyla orada bir bina yapılsa, o kimsenin yol hakkı sâkıt olur ve arsa sahibine, düşen hak geri gelmeyeceği için bu konuda dâva açma hakkı kalmaz.[3]

Zamanaşımı sebebiyle düşen borcun hukuken talep edilmesi de mümkün değildir.

Yeni bir yasa, düzenlediği konu ile ilgili eski yasayı yürürlükten kaldırıp hükümsüz kılabilir. Bu durumda eski yasa geriye gelip tekrar geçerlilik kazanmaz. Yargı tarafından verilen iptal kararlarında da durum aynıdır.[4]

---

2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 267-269.
3 Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 58; Ahmed Ziya, ***Kavâid,*** s. 85-86.
4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 51.

إِذَا بَطَلَ الشَّيْءُ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِه

52- BİR ŞEY BÂTIL OLDUKDA ANIN ZIMNINDAKİ ŞEY DAHİ BÂTIL OLUR[1]

Bir kısım söz ve sözleşmelerin kendileriyle kastedilen açık anlam ve hükümleri olmasının yanı sıra, onların altında yatan başka anlam ve hükümleri de bulunur ki, bunlara "zımnen sâbit olan şeyler" adı verilir. Bunların geçerli olup olmaması, kastedilen ve açıkça anlaşılan anlamın geçerli olup olmamasına bağlıdır.

Bir kimse, diğer bir kimseyi kendisiyle yaptığı bir alış veriş sebebiyle ibrâ etse, sonra bu ibrâya sebep olan alış veriş geçersiz olsa, yapılan ibrâ da geçersiz olur.

Başkasından mal satın alan kimsenin bu işlemi, aldığı malın o kişinin malı olduğuna ve ücretini ödeme sorumluluğunun kendi zimmetinde bulunduğuna dair satan kişinin ikrarı anlamına gelir. Satın aldığı malda bir başkası hak iddia eder ve bunu da ispatlarsa, yapılan sözleşme geçersiz olur. Dolayısıyla o sözleşmenin zımnında gerçekleşen mülkiyeti ikrar ve ücret ödeme sorumluluğu da kalkmış olur. Onun mülkiyetini zımnen ikrar etmesi bir engel teşkil etmez. Çünkü bu zımnî hükümler, yapılan akdin geçerli olmasına bağlıydı. Akit bâtıl olunca bu hükümler de bâtıl oldu.

İki dâvalı, birbirleriyle sulh yaparak bunun zımnında her biri karşısındakini ibrâ ettikten sonra, yaptıkları sulh bozulmuş olsa, onun zımnında gerçekleşmiş olan ibrâ da geçersiz sayılır.[2]

Müşteri aldığı maldaki bir kusur için satıcıyla başka bir mal karşılığı sulh yapsa, sonra müşterinin özel bir çabası olmadan o kusur düzelmiş olsa, yapılan sulh geçersiz olur.

Bir kimse, vâdeli alacağının bulunduğu kimseden bu alacağına karşılık bir mal satın alsa vâde düşmüş olur. Alacaklı kişi bir

---

1 Hâdimî, ***Mecâmî'***, s. 366.
2 Bilmen ***Kâmus***, I, 272.

kusur sebebiyle, aldığı malı mahkeme kararıyla iade ederse satış sözleşmesi bozulur. Zımnen kalkmış olan borcun vadesi de geri gelmiş olur. Oysa yapılan sözleşme karşılıklı rıza ile yani ikâle yoluyla bozulmuş olsaydı, borç peşine dönüşmüş olacaktı.[3]

Vakfın gelirlerinde hakkı olup vakfın idaresinde yetkisi olmayan birisi, vakıf malını kiraya verip bununla vakfı tamir etmesi için kiracıya izin verse, kiracının yaptığı harcamalar teberru sayılır. Yani yaptığı masraf için kimseye rücû edemez. Zira icâre caiz olmayınca onun zımnındaki tamir izni de geçersizdir.

Şu husus, bu kâidenin istisnalarındandır:

Şuf'a hakkı satılamaz. Dolayısıyla şuf'a hakkını satan veya onu sulh konusu yapan kişinin bu işlemleri geçersizdir. Ancak bu davranış şuf'a hakkını düşürür. İşlemlerin geçersiz olması, bu hakkı sâkıt olmasını gerektirmemektedir. Ancak şuf'a dâvası için yapılan sulh geçerlidir ve malın da ödenmesi gerekir.[4]

Bu kâidenin bugünkü hukukumuzdaki tatbik şekline şöyle bir misâl verilebilir:

Hukuki işlemlerin butlanı/geçersizliği konusu itibariyle olabileceği gibi (BK 20, 17 ve TTK 1466) şekil şartlarına aykırılık sebebiyle de olabilir (BK 213). Geçersiz bir sözleşmenin içerdiği şartlarında geçersiz olması elbette kaçınılmazdır. Uygulamada en sık rastlanan örnek, şekil şartlarına uymaması sebebiyle geçersiz "taşınmaz satış vaadi" sözleşmelerinde yazılı "cezai şart"ın durumudur. Aslında yazılı şekil, cezai şart için yeterlidir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerliliği ise, en azından "düzenleme suretiyle yapılmış noter sözleşmesi" gerektirir. Bu şartlara sahip olmayan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçersiz olunca, onun içindeki cezai şart da geçersiz olur.[5]

---

3 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtâr,*** V, 124-125.
4 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 120-121.
5 İlhan, ***Mecelle,*** s. 52.

اذا بَطَلَ الأصْلُ يُصارُ إلَى الْبَدَل

53- ASLIN ÎFÂSI KÂBİL OLMADIĞI HALDE BEDELİ ÎFÂ OLUNUR[1]

Sözleşme veya haksız fiil, sebebi ne olursa olsun, bir hukuki işlem veya eylemden doğan borçların aslının yerine getirilememesi halinde şüphesiz bedeli ödenir. Bu temel, hatta evrensel bir hukuk kuralıdır.

Geri ödemelerde asıl olan, malın bizzat kendisinin verilmesidir. Sözgelimi gasp edilen mal, gâsıbın elinde aynen mevcutsa o şekliyle geri alınır. Çünkü iade, şekil ve mâna yönünden tam olarak yapılmalıdır. Malın aynen iadesi bunu ifade eder. Bedelin ödenmesi sadece mâna açısından bir iadedir ki, ancak aslın ödenmesi mümkün olmadığı zaman söz konusu olabilir.

Gasp edilen malın zâyi olması ya da aslının tanınmayacak derecede değişmesi halinde, yerine onun bir benzeri ya da kıymeti verilir. Bu kural, emanet ve rehin gibi malları elinde tutan kişilerin mala verdikleri kasıtlı zararlar için geçerli olduğu kadar, normal şartlarda başkasının malına bir kasıt olmadan veya zorunlu olarak verilen zararlar için de geçerlidir.

Aybaşında yapılan bir aylık sözleşme için, takvimde kastedilen aya itibar edilir. Fakat ayın başka bir gününde yapılan bir sözleşme için, aslın îfası mümkün olamayacağı için o ay otuz gün olarak kabul edilir ve buna göre ücret ödenir. Bu otuz gün o aya bedel sayılır.[2]

Aslın yerine bedelin ödenmesi bir kazâdır ki, hukuk usûlünde kazâ türleri dört ana başlıkta değerlendirilmiştir:

a - *Tam makul misille kazâ:* Bir şeyin yerin yerine, şekil ve mâna yönünden o şeye benzerliği/denkliği akılla kavranabilen

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 366.
2 Bilmen, ***Kâmus***, I, 272.

başka bir şeyin verilmesidir. Zarar verilen bir arabanın yerine aynı model ve aynı nitelikleri olan başka bir arabanın verilmesi gibi.

b - *Eksik makul misille kaza:* Bir şeyin yerine, o şeye benzerliği/denkliği mantıken tam olmayan başka bir şeyin verilmesidir. Gasp edilen malın benzeri bulunamayınca ücretle ya da başka bir malla ödenmesi bu tür kazânın örneğidir.

c - *Makul olmayan misille kazâ:* Bir şeyin yerine, o şeye benzerliği/denkliği akılla kavranamayan başka bir şeyin verilmesidir. Mirasçılarının kâtili kısastan affetmeleri halinde kısas yerine diyet ödenmesi gibi.

d -*Edâya benzeyen kazâ:* Herhangi bir yönden edâ gibi olan kazâdır. Bir kimse mehir olarak, gramı ve ayarı gibi vasıflarını zikretmeksizin bir altın bilezik karşılığında evlendiği hanımına, bu bileziğin kıymetini verse bu, edâya benzeyen kazâ olur.[3]

Aslının yerine ödenecek olan kıymet için, yani zâyi olan mala değer biçmek için hangi zamanın (malın zâyi olduğu zaman, emsalinin piyasadan kalktığı zaman, dâvâ zamanı) esas alınacağı konusu ise, 20. maddede açıklanmıştı.

Kâidede sözü edilen "bedel" para değil, zararı karşılayacak herhangi bir tedbir mânasınadır. Bazen bir zararı paradan daha iyi izâle çareleri bulunabilir. Meselâ, iftira yoluyla onuru kırılan bir kimse için, kendisinden özür dilenmesi, yerine göre paradan daha önemlidir. Bu sebeple modern hukukta, bir zararın bedelen tamiri asıl kâide olmakla beraber, yargıca bu zararı tamir için başka bir tedbire karar verme yetkisi de verilmiştir (BK. m. 43). Meselâ yargıç, yalan isnatta bulunan kimsenin özür dilemesi veya isnadın yalan olduğunun, kendi belirleyeceği bir yolla ilan edilmesi suretiyle mânevî zararın tazminine karar verebilir.[4]

---

3 Şâkir Hanbelî, ***Usûl,*** s. 74-78.

4 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 596.

يُغْتَفَرُ فِي التَّابِعِ مَالاَ يُغْتَفَرُ فِي الْمَتْبُوعِ

54- BİZZAT TECVİZ OLUNMAYAN ŞEY BİTTEB' TECVİZ OLUNABİLİR[1]

Meselâ, müşteri mebi'i kabz için bâyi'i tevkil etse caiz olmaz. Amma iştirâ eylediği zahireyi ölçüp koymak için bâyi'a çuvalı verip o dahi zahireyi çuvala vaz' edicek zımnen ve teb'an kabz bulunur.

Tek başına geçersiz olan bir işlem, başka bir işlemle bağlantılı olarak geçerli kabul edilebilir. Bu husus şöyle bir misalle açıklanmıştır:

Müşterinin, satın aldığı malı teslim alması için satıcıyı vekil kılması câiz olmaz. Tek başına doğrudan böyle bir işlem geçersizdir. Ancak, satın aldığı buğday, arpa vb. şeyi ölçüp içine koyması için çuvalı satıcıya verir ve o da bunu yaparsa, zımnen yani dolaylı olarak teslim alma işi ve satıcının sattığı malı alıcı adına kabz etme vekâleti gerçekleşmiş olur.

Müşteri satıcıya, aldığı buğdayı öğütüp un yapmasını söylese, satıcı da bu isteğini yerine getirse mal, yine dolaylı olarak kabz edilmiş olur.

Taşınabilir malların vakfedilmesine dair bir örfün bulunmadığı yerlerde böyle bir vakıf câiz görülmemiştir. Ancak, vakfedilmiş olan taşınmaz bir malın, sözgelimi vakfedilmiş bir çiftliğin içinde bulunan taşınabilir mallar da, örfün muhalefetine rağmen o çiftliğe tâbi olarak vakfedilmiş sayılır.

Nitekim yoldan geçme (mürur) ve sudan yararlanma (şirb) gibi irtifak hakları tek başlarına vakfedilemezken, ilgili oldukları mallarla birlikte vakfedilebilmektedir. İçinde aktığı kanala tâbi kılınarak suyun vakfı da caiz görülmüştür.[2]

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 61.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 123.

يُغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَالاَ يُغْتَفَرُ فِي الإِبْتِدَاءِ

55- İBTİDAEN TECVİZ OLUNAMAYAN ŞEY BAKÂEN TECVİZ OLUNABİLİR[1]

Meselâ, hisse-i şâyiayı hibe etmek sahih değildir. Amma bir mal-i mevhubun bir hisse-i şâyiasına bir müstehak çıkıp da zaptetse hibe bâtıl olmayıp hisse-i bâkiye mevhubunlehin malı olur.

Başlangıçta geçerli kabul edilmeyen bir işlem daha sonra geçerli hale gelebilir.

Meselâ, bir malda taksimi mümkün olan, fakat taksim edilmemiş bir hissenin hibe edilmesi sahih değildir. Ancak bir kimse, hibe edilmiş bir malın şüyûlu yani taksim edilmemiş bulunan hissesinde hak iddia edip onu zapt etse hibe bâtıl olmayıp, kalan hisse hibe edilen kişinin malı olur. Böylelikle başlangıçta câiz olmayan işlem, sonuç itibarıyla câiz olmuştur.

Bir malı satmaya vekil olan kişi, müvekkilinin izni olmadan o malı satma konusunda başkasını vekil kılamaz. Ancak başka birisi fuzulî olarak bu malı satar ve vekil de bu satışı onaylarsa, bu onay geçerli ve satış da sahih olur.[2]

Ücretsiz satış sözleşmesi fâsittir. Ancak akit ücretle yapıldıktan sonra satıcının müşteriden ücreti kaldırması sahihtir ve akit de fâsit olmaz.

Resmi senetle (BK m. 213)ya da noter tarafından düzenleme suretiyle yapılmayan taşınmaz, kat satışları geçersizdir. Ama kat karşılığı inşaat yapan müteahhit sattığı bir daireyi alıcısına teslim etmiş ise, sözleşme yasal şekil şartlarını haiz olmamasına rağmen Yargıtay sözleşmenin böylece yerine getirilmiş olduğunu temel

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 372.
2 Ali Haydar ***Durer***, I, 125.

alarak bu satışı geçerli kabul etmektedir. Teslim, geçersiz sözleşmeyi geçerli kılmıştır.[3]

Medenî Kanuna göre, bir kimse başkasının malzemeleriyle kendi arsasına veya kendi malzemeleriyle başkasının arsasına bir bina yapsa, o bina arsanın tamamlayıcı bir cüz'ü olur. Yani arsa sahibinin olur. Ancak malzemelerin sahibi, bu malzemelerin kendi haberi olmadan alınıp kullanıldığını iddia eder ve onları geri isterse, arsa sahibinin çok büyük bir zararı olmadıkça binanın yıkılması ve malzemelerin geri verilmesi gerekir.

Keza, arsa sahibi rıza ve muvafakati olmadan arsasının üzerine kendi malzemeleriyle bina yapan kimse aleyhine, fâhiş bir zarar olmayacaksa, binanın yıktırılarak arsanın kendisine teslimini isteyebilir. Görülüyor ki, başlangıçta gerek arsaya bina yapmak ve gerekse sahibinin haberi olmadan malzemelerini kullanmak câiz olmamaktadır. Ancak yıkılması çok büyük zarara yol açtığı takdirde binanın bekâsı câiz görülebilmektedir. Binanın kıymeti açıkça arsanın kıymetinden fazla ise, iyi niyetle hareket eden malzeme sahibi uygun bir tazminat karşılığında tamamının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir (MK. m. 722, 723, 724).

İsviçre Federal Mahkemesi 5 Şubat 1946 tarihli kararında, bu kâide ile ilgili uygulamanın ilginç bir örneğini vermiştir:

Formaliteye riayetsizlikten dolayı bâtıl olan mukâveleyi icra eden kimsenin daha sonra bu butlanı ileri sürerek sözünden dönmesi, hakkın suiistimali olup yasaktır. Böylece Federal Mahkeme, başlangıçta kabul edebildiği butlan iddiasını, mukâvelenin icrasından sonra, adalete uygun bulduğu bir durumu ibkâ maksadıyla kabul etmemiştir.

Diğer taraftan, Mecelle bu prensibiyle emri vâkileri kabul etmiş sayılmaz. Çünkü kâidede tecviz olunur denmeyip, *tecviz olunabilir* denmektedir.[4]

---

3 İlhan, ***Mecelle,*** s. 54-55.

4 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 584.

اَلْبَقَاءُ أَسْهَلُ مِنَ الإِبْتِدَاءِ

56- BAKÂ İBTİDÂDAN ESHELDİR[1]

Bir şeyi olduğu hal üzere bırakmak, yeni hüküm inşâ etmekten daha kolaydır.

Bu kâidenin aynı zamanda bir yorum ilkesi olduğu kabul edilmelidir. İşlemlerde, sözleşmelerde, işlem veya sözleşmeyi geçersiz kılan (bozucu) sebepleri öne çıkarmaktan çok, o işlem veya sözleşmeyi geçerli kılan, ona süreklilik kazandıran sebepleri öne çıkarmak, bozucu değil sürdürücü yorumlamalar ve uygulamalar yapmak daha doğrudur.[2]

Bu açıklama dikkate alındığında bu kâidenin önceki maddeye temel teşkil ettiği görülmektedir. Çünkü orada verilen misallerde, problemin bulunduğu hal üzere bırakılarak çözümlenmesi dikkat çekmektedir.

Bir malda şüyûlu hissesi bulunan kişi, hissesini aslî ortak olması sebebiyle başkasına kiraya veremez. Oysa sonradan oluşan bir ortaklık icâreye mâni olmamaktadır. Meselâ, bir eve ortak olan iki kişiden biri şüyûlu hissesini ortağından başkasına kiralayamaz. Fakat bir kimse kendi evini başkasına kiraya verdikten sonra, başka biri evin yarısında hak iddia eder ve bunu da ispatlarsa, kişinin kalan yarım hissesinde icâre akdi bâki kalır. İşte buradaki şüyû, bakâen geçerli görülmüştür.[3]

Yerine vekil bırakma yetkisi bulunmayan bir hâkimin bıraktığı vekilin verdiği hüküm geçersizdir. Fakat sözü edilen hâkim, vekilinin verdiği hükmü daha sonra kendisi onaylarsa bu hüküm caiz olur. Dolayısıyla başlangıçta câiz olmayan vekil bırakma işlemi bakâen geçerli görülmüştür.[4]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 367.
2 İlhan, ***Mecelle***, s. 55.
3 Bilmen, ***Kâmus***, I, 273.
4 Ali Haydar, ***Durer***, I, 127.

التَّبَرُّعُ لاَ يَتِمُّ إلاَّ بِالْقَبْضِ

57- TEBERRU' ANCAK KABZ İLE TAMAM OLUR[1]

Meselâ, bir adam birine bir şey hibe etse kable'l-kabz hibe tamam olmaz.

Yapılan bağışlar karşı tarafın teslim almasıyla gerçekleşir.

Malın veya menfaatin temlik edildiği akitler, bedelli ya da bedelsiz olur. Bedelli akitler; alım satım, icare gibi, akde taraf olanlardan her birinin, mal ya da menfaati bir bedel karşılığı değişmesiyle gerçekleşen sözleşmelerdir. Bedelsiz akitler ise, taraflardan birinin iyilik ve yardım amacıyla diğerinden bir bedel talep etmediği sözleşmelerdir ki, bunlar "teberru akitleri" olarak adlandırılır. Bu akitler hibe, âriyet, vasiyet ve sadakadır.[2]

Teberru akitleri kabz, yani karşı tarafın malı bizzat teslim alma işlemi olmadan gerçekleşmiş olmaz. Aksi takdirde kendisine teberruda bulunulan kişinin, teslim almadığı bir mal için dâva açma hakkı olması gerekir ki bu, tazminin söz konusu olduğu akitler için geçerlidir. Oysa teberru akitleri tazmine konu edilmemiştir.

Teberru akitlerinin kabz olmadan tamam sayılması, tamamen iyilik amacı taşıyan kimselerin bu düşüncelerinden dolayı zarara uğratılmaları anlamına gelir.

Kabzın sahih olması için, şartların tamamının bulunması gerekir ki, bu şartlar; mal sahibinin izninin bulunması, malın kabz edilmeye elverişli olması ve kabz eden kişinin kabza ehil olmasıdır. Buna göre, zeytindeki yağ ve buğdaydaki un kabz edilemeyeceği gibi; malı, çocuk ya da ehliyeti olmayan başka birinin teslim almasıyla kabz gerçekleşmiş olmaz.[3]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 367.
2 Zeydan, ***Medhal***, s. 312.
3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 299-300.

Teberru akdi yapıldıktan sonra, kabz gerçekleşmeden önce taraflardan biri ölse, akit bâtıl olacağı gibi; kişinin kabzdan önce, teberrua karşılık bir bedel alması gibi dönüşüne engel bir şey bulunmadığı sürece, malı verdiği kişinin veya hâkimin iznine gerek olmadan, yaptığı teberrudan dönme hakkı mevcuttur.

Geliri yılsonunda ele geçen bir vakıftan, hizmet karşılığı pay alan bir kişi, henüz vakfın geliri elde edilmeden ölmüş olsa, o kişinin hizmet ettiği süre içinde hak ettiği ücret mirasçılarına ödenir. Çünkü ücreti hak etmek için kabz şart değildir. Ama bir hizmet karşılığı olmadan vakıftan pay alma durumundaki bir kişi, yılsonu gelmeden ölmüş olsa, mirasçılarına bir şey ödemek gerekmez. Zira vakıf bir teberrudur ve ancak kabz ile tamam olur.

Vasiyet de bir teberru akdi olmakla beraber, tamam olması için kabz şartı getirilmemiş, mûsînin vefatından sonra vasiyet edilen kişinin malı kabul etmesiyle ona mâlik olacağı belirtilmiştir. Çünkü vasiyette mülkiyetin sâbit olması mûsînin vefatından sonradır. Ölümden sonra mûsînin, malı teslim etmeye zorlanacak bir ehliyeti de kalmadığı için yapılacak bir şey yoktur. Mirasçıların hakkı ise, vasiyetten sonra gelmektedir. Dolayısıyla onlar bu mala sahip olmadıkları için teslim zorunlulukları da yoktur.[4]

Bir kimse fakire vermek üzere cebinden para çıkarmışken ona vermese, o kimseye mâlî bir sorumluluk gerekmez.[5] Ancak gerek böyle bir durumda gerekse diğer teberru muamelelerinde, teberru vaadinde bulunarak bu sözü yerine getirmemek ahlâkî bir davranış sayılmaz.

Bu kâide, Borçlar Kanununun 237. maddesinde aynıyla yer almış, adı geçen Kanunun ikinci fıkrasında, taşınmaz malların bağışlanması işleminin tamam olması için tapuya tescil şartı getirilmiştir.

---

4 Atıf Bey, ***Mecelle***, s. 64.
5 Ali Haydar, ***Durer***, I, 128.

التَّصَرُّفُ عَلَى الرَّعِيَّةِ مَنُوطٌ بِالْمَصْلَحَةِ

58- RAİYYE YANİ TEB'A ÜZERİNDE TASARRUF MASLAHATA MENÛTTUR[1]

"Raiyye", devlet başkanı ve vâli gibi bir idarecinin yönetimi altında bulunan bütün insanlardır. İnsanları idare etmekle görevli olan yetkili kişiler, görevlerini yaparlarken halkın genel yararını gözetmek zorundadırlar. Çünkü onlara, vatandaşlarına hizmet ve aralarında adaleti temin etmeleri, toplumun iyilik ve yararına çalışmaları için yetki verilmiştir. Bu kâide hukuk devletinin temel niteliğini oluşturmaktadır. Bu bakımdan yönetime getirilecek kişilerin mutlaka ehliyetli ve güvenilir olması gerekmektedir. Yöneticiler, vergi ve gelir elde etme gerekçesiyle dahi olsa ahlâksızlık, içki ve kumar gibi şer'an yasaklanmış kötülüklere hoşgörüyle bakamazlar.[2]

İdareciler, kendi adlarına hareket etmeyen; adaleti ikâme etmek, zulmü kaldırmak, hukuku ve ahlâkı korumak, emniyeti tesis etmek, ilmi yaymak, halkın işlerini kolaylaştırmak, toplumu fesattan arındırmak ve insanların o andaki ve gelecekteki hayatlarında genel yarar olarak ifade edilen bütün iyilikleri en güzel yollarla gerçekleştirmek için toplum adına görev almış olan milletin vekilleridir.[3]

Kamu yararı özel hukukun olduğu kadar kamu hukukunun da temel ölçülerinden biridir. Bütün idari işlemlerin sebebinin kamu yararı olması gerektiği gibi, kamulaştırma gibi özel hukuk alanına giren işlemlerin de kamu yararına dayanması gerekir.

Bazen kamu yararı ile şahsın menfaati çatıştığında, şahsın uğrayacağı maddî zarar karşılanmak kaydıyla kamunun yararı tercih edilir. Meselâ, bir yolun genişletilmesi gerekiyorsa devlet,

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 62.
2 Zeydan, ***Medhal,*** s. 82.
3 Mustafa Zerkâ, ***Medhal,*** II, 1050.

yolun geçeceği yerin sahibinin arazi ücretini hazineden ödeyerek yolu genişletebilir.

Hazineden sorumlu yetkili, hazine malını fâhiş fiyattan satsa, bu satış geçersiz olur. Zira devleti koruma gerekçesiyle kişiye haksızlık yapılamaz.

Bir belde vâlisinin, bir köy veya kasaba halkına bırakılmış araziyi bir şahsa vermesi sahih olmaz. Böyle bir durumda, arazi o şahsın elinden alınarak eski konumuna iade edilir. Ancak bir göç sebebiyle bazı arazilerin muhacirlere dağıtılması gerektiğinde devlet bu işlemi belli bir planlama yaparak gerçekleştirmeli, aynı zamanda genel kamu yararına dair dengeleri dikkatle gözetmelidir.

Kâide, devlet yöneticilerini ilgilendirdiği kadar, sorumluluk taşıyan herkes için söz konusudur. Kadı, vakfın mütevellisi, çocuğun velî ya da vasîsi, dernek ve şirket yöneticileri kâidenin kapsamı içindedir.

Hâkim, kamu ile ilgili dâvalarda kamu yararını gözetmek zorundadır. Aksi halde kamuya zararlı kararları geçerli olmaz. Meselâ, kadı bir şahsın veya devletin malını alıp sahiplenmesi için bir kimseye izin verse izni sahih olmadığı gibi, aynı şeyi kendisi yapsa tazminle yükümlü olur. Aynı hüküm, vakıf ve yetim malları için de geçerlidir. Yani hâkimin, vakfın şartlarına uymayan kararları ve yetimin yararına olmayan hükümleri sahih olarak kabul edilemez.[4]

Hâkimle ilgili bu hükümler, yetki alanları ile ilgili olarak diğer sorumlular için de söz konusudur.

Bu kâide günümüz hukuku açısından da geçerlidir. Ayrıca, kişisel ya da kamu haklarının aleyhine verilen idarî kararların iptali için başvurulabilecek hukukî müesseselerin bulunması, bu kâidenin uygulanmasının bir teminatıdır.

---

4 Ali Haydar, ***Durer***, I, 129-130.

الْوَلَايَةُ الْخَاصَّةُ أَقْوَى مِنَ الْوَلَايَةِ الْعَامَّةِ

59- VELÂYET-İ HÂSSA VELÂYET-İ ÂMMEDEN AKVÂDIR[1]

Meselâ, mütevelli-i vakfin velâyeti kâdînin velâyetinden akvâdır.

Yönetim ve temsille ilgili özel yetki bu konulardaki genel yetkiden daha güçlüdür.

"Velâyet", reşit olan bir kimsenin ehliyeti eksik olan birinin şahsî ve mâlî işlerini yönetme konusunda yetkili olmasıdır.[2]

*"Velâyet-i âmme"*den kasıt, devlet başkanının ya da devletin yetki verdiği yargı kurumlarının, kamu düzenini sağlamak ve halkın yararına olan düzenlemeleri yapmak üzere ellerinde bulunan hukukî yetkilerdir.

"Velâyet-i hâssa" ise, tanımda belirtildiği gibi ehliyeti eksik şahıslar adına yetki kullanmanın yanı sıra, vakfın mütevellisi olmak gibi bazı özel görevleri de içine almaktadır ki, bu üç sınıfta değerlendirilir: Yalnız nikah, yalnız mal ve hem nikâh hem mal konusundaki velîliktir. Nikâhla ilgili olan velâyette kişinin baba, dede ve asabe olarak adlandırılan akrabaları hak sahibi iken; sadece malda velî olma konusunda, bunların yanı sıra başkalarına da bu hak tanınmaktadır. Vasî ve vakfın mütevellîsi olmak sadece mala olan velâyetin örneklerindendir.

Misâlde belirtildiği gibi, bir vakfın mütevellîsi varken hâkim o vakfın malında tasarrufta bulunamaz. İsterse onu kendisi tayin etmiş olsun. Hatta hâkim vakıf malını kiraya verse, mütevellî onun akdini geçersiz kılabilir. Bütün bunlar olurken, hâkim mütevellîyi azil de edemez. Çünkü vakfeden şahsın kendi vakfına olan velâyeti özel bir velâyet olup, hâkimin genel velâyetinden üstün-

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 80.
2 Mustafa Zerkâ, ***Medhal,*** II, 817.

dür. Ancak özel velâyeti olan kişinin hıyaneti söz konusu olursa, hâkimin kamu adına müdahale hakkı vardır.

Öldürülen çocuğun vasîsinin çocuk adına kısas talep edememesi ve bu hakkın hâkime verilmesi bu kâideden istisna edilmiştir.[3] Çünkü vasî, çocuğun nefsini ve malını koruması için tayin edilen kişidir. Çocuğun öldürülmesi halinde onun için kısas talep edebilecek güçte bir velayeti yoktur. Sadece diyet isteme yetkisi vardır. Oysa hâkim, kamu adına kısas yetkisine sahiptir.

Mecelle bu hükmü ile liberal ve modern esaslara uygun bir prensip kabul etmiştir. Şu bir gerçek ki, bir otorite genişledikçe gevşer ve sorumlu olduğu kişiler ile gereği gibi ilgilenemez. Devlet otoritesinin genel olarak aldığı tedbirler, kişilerin özel durumuna uygun düşmeyebilir. Bu sebeple, modern hukukta da kendini korumadan âciz olan fertler için tayin edilmesi zorunlu olan otoritenin, söz konusu kişiye tabiî bir sevgi ve özel bir ilgi duyan kişi olması esas kabul edilmiştir. Ahlâkî bakımdan dürüst olan bir babanın, üzerine titrediği çocuğu hakkında onun maddî ve mânevî menfaatleri için en uygun tedbirleri almaya çalışacağı muhakkaktır. Oysa çocuk için tayin edilen bir memurun aynı hassasiyeti gösterebilmesi çoğunlukla mümkün değildir. Ayrıca sevgi, yetki ve gücün kötüye kullanılmasını önleyen başlıca etkendir. Ancak uygun bir velî bulunamaz ya da velî, yetkisini kötüye kullanırsa, tercihen âmme velâyetini yürütmek zorunluluğu doğar.

Medenî Kanun küçükler için, meslekî, din eğitimi ve onları te'dip yönünden ana ve babalarını yetkili kılmıştır. Fakat ana babaları olmayan çocuklar âmme velâyetini hâiz olan yargıcın otoritesine bırakılmıştır. Ancak yargıç, bu görevi doğrudan kendisi icra etmeyip kendi kontrolü altında bir vasî tayin eder (m. 404). Bu vasînin tasarrufları yargıcın iznine tâbi olup (m. 462-463), ana babanın küçüğü temsilen yaptığı tasarruflar için böyle bir izne gerek yoktur. [4]

---

[3] Ali Haydar, ***Durer***, I, 131-132.

[4] Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 587-588.

إعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إهْمَالِه

60- KELÂMIN İ'MÂLİ İHMALİNDEN EVLÂDIR[1]

Yani bir kelâmın bir mânaya hamli mümkün oldukça ihmal yani mânasız itibar olunmamalıdır.

Söze bir anlam vermek, onu anlamsız bırakmaktan daha önemlidir. Aklı başındaki bir kişinin söylediği bir sözün anlamının bulunması gerektiği öncelikle dikkate alınmalıdır. Sarf edilen sözün önce hakiki anlamının bulunup bulunmadığı araştırılır, varsa gereği yerine getirilir. Şayet bu mümkün olmazsa mecazî mâna aranır, bulunursa o anlam verilir. Bu şekilde sözün kullanılması sağlanır. Bu, sözün anlamsız sayılıp terk edilmesinden daha iyidir.

Bir şahıs, oğlu bulunan birini kastederek; "bu malımı filanın oğluna vakfettim" dese, bu söze o zatın torunu dahil olmaz. Çünkü "oğul" sözcüğü mutlak olarak kullanıldığında sadece kişinin kendi oğlu anlaşılır. Şayet oğlu yoksa, hakiki anlam imkânsız olacağından mecazi anlama bakılır ve söz toruna hamledilir. Zira kelâmın i'mâli ihmalinden evlâdır.

Bir sözün, hem te'kid hem de te'sise yani yeni müstakil bir mânaya hamledilmesi mümkün olduğu takdirde, te'sise hamledilmesi daha uygundur. Çünkü te'kid, önceden geçen sözün anlamını tekrarlar. Te'sis ise, önceki sözde bulunmayan yeni bir mâna ifade eder. Dolayısıyla, yeni bir mâna ihtimali varken sözün te'kide hamledilmesinde bir anlam ihmali söz konusudur.

Bir kimse başka birine, borcun sebebini belirtmeksizin bir miktar borç ikrar edip bunun için senet verse, daha sonra yine sebep belirtmeden aynı miktar borç ikrar edip tekrar senet verse, kelâm te'sise hamlolunarak bu kişi, aynı miktar borcu iki kere ödemekle yükümlü tutulur. İkrar edilen borç miktarlarının aynı olduğu gerekçesiyle ikinci ikrar te'kide hamlolunamaz.[2]

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh***, s. 68.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 132-133.

إِذَا تَعَذَّرَ الْحَقِيقَةُ يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ

61- MÂNAY-I HAKİKÎ MÜTEAZZİR OLDUKDA MECAZA GİDİLİR[1]

Lafzın gerçek mânasının anlaşılması mümkün olmaz veya çok zor olursa, mecazî anlama başvurulur. Aksi takdirde sözün anlamsız sayılıp hükümsüz kalması gerekir ki, bunun uygun olmadığı önceki kâidede belirtilmiştir.

Gerçek mânanın anlaşılmasının mümkün olmaması, işin aslından, örften ya da dinden kaynaklanmaktadır.

Hayatta çocuğu bulunmayan kişinin "oğluma" ifadesiyle bir vakıf yapması halinde, bu sözcüğün gerçek mânasının anlaşılmasına asıl durum izin vermemektedir. Bu takdirde bu ifadenin, sözü söyleyen kişinin mevcut olan torunu için kullanıldığına hükmedilir.

Hakikî mânanın anlaşılmasının zor olduğu durumlarda da mecaza gidilir. "Şu ağaçtan yemeyeceğim" diyen kimsenin, söz konusu ağacın bizzat kendisini yemesi mümkün olsa da çok zor olan bir şeydir. Dolayısıyla bu sözle, ağacın meyvesinin kastedildiğinin anlaşılması gerekir.

Bir kimse; "filanın evine ayak basmam" diye yemin etse bu sözle örfen, o eve girmemenin kastedildiği anlaşılır.

"Husûmet" kavga ve düşmanca tartışma anlamında olup, dinen yasaklanmıştır. Bir dâva konusunda kendisini temsil etmesi için "husûmet" ifadesini kullanarak vekil tayin eden kişinin bu sözle amacının, kavga ve düşmanca tartışma olmadığı, sadece bir dâva vekili tayin etmek olduğu, İslâm dininin bu hükmünden anlaşılmaktadır.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 174.

2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 134-135; Bilmen, ***Kâmus***, I, 275.

إِذَا تَعَذَّرَ إِعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلُ

62- BİR KELÂMIN İ'MÂLİ MÜMKÜN OLMAZ İSE İHMAL OLUNUR[1]

Yani bir kelâmın hakikî ve mecazi bir mânaya hamli mümkün olmaz ise o halde mühmel yani mânasız bırakılır.

Sözü anlamsız kılan iki durum vardır: Bunlar, hakikî ve mecazî mânanın anlaşılmasının mümkün olmaması ve birkaç anlama gelen bir sözde mânalardan birini tercih etmeye imkân bulunmamasıdır.

Bir kimsenin kendisinden yaşça büyük olan biri için "oğlumdur" demesi, elleri sağlam olan birini göstererek, onun elini kestiğini ve diyet olarak belli bir miktar kadar mal ödenmesi gerektiğini söylemesi veya küçük bir çocuğun bâliğ olduğunu ifade etmesi anlamsızdır. Zira bu sözlerin hakikî mâna ile de mecazî mâna ile de alâkası yoktur. Çünkü vâkıaya uygun değildir.

Filana kefil olduğunu söyleyen, ancak nefse ya da maldan hangisine kefil olduğunu açıklamayan kişinin sözü ve "şu evi filana verin" diyen, fakat hibe, satış, vasiyet gibi bir açıklama getirmeyen kimsenin ifadesi geçersiz sayılır. Çünkü bu ifadeler, birkaç anlama gelmekte ve birini tercih için açıklık bulunmamaktadır.

Sözü mutlaka geçerli kılmak için, altında gizli mânalar aramak ve yorum yapmak suretiyle birtakım ilâvelerde bulunmak doğru değildir. Eğer böyle bir kapı açılırsa, her söz için bir hüküm verme imkânı olur ki, bu da haksızlıklara yol açar. Meselâ, ölüm döşeğindeki biri, nesebi belli olan bir çocuk için "oğlumdur" dese bu söz geçersiz sayılır. Bu sözü; "ona mirasımdan oğlum kadar pay verin" şeklinde yorumlanarak vasiyete hamlolunamaz.[2]

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 68.

2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 136-137; Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 319-320.

ذِكْرُ بَعْضِ مَالاَ يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّه

63- MÜTECEZZİ OLMAYAN BİR ŞEYİN BAZISINI ZİKRETMEK KÜLLÜNÜ ZİKR GİBİDİR[1]

Bölünmesi mümkün olmayan şeyler bir bütün olarak değerlendirilir. Bir kısmından söz etmekle tamamı anlaşılır. Aksi takdirde, bölünemeyen şeyin bir parçasını ifade eden sözün ihmali yani anlamsız sayılması gerekirdi. Bu ise, 60. maddenin gereği olan, kelâmın i'mali ihmalinden evlâdır kuralına aykırıdır.

Kısastan affetme, kefâlet ve şuf'a hakkı gibi konularda bölme ve ayırma geçerli değildir.

Bir kimse, nefsine kefil olmak istediği kişiye; "senin yarına ya da üçte birine kefilim" dese kefâlet gerçekleşmiş olur. Zira insanın kendisi parçalanmaz bir bütündür ve bu şekilde kullanılan bir söz, kişinin tamamını ifade eder. Ancak; "benim yarımım sana kefildir" demiş olsa, bu kuraldan istisna olarak sahih görülmemiştir.

Şuf'a hakkına sahip olan bir kişi bu hakkının bir kısmından ferâgat etse, bütün hakkından vazgeçmiş sayılır. Aynı durum kısas için de söz konusudur. Yani, kısasla cezalandırılacak kişinin bir kısmının affedilmesi, bütünüyle af anlamına gelir ve ceza diyete dönüşür.[2] Kısas hakkı birkaç kimseye ait olduğunda, içlerinden biri affetse, kısas yine sâkıt olur. Fakat affetmeyenler diyetten kendilerine düşen payı alırlarken, affeden bir şey alamaz.[3]

Bölünebilen şeylerde bu kural uygulanmaz. Meselâ, bir borcun üçte birine kefil olan kişinin ya da alacaklısını borcunun belli bir miktarından ibrâ eden kimsenin sözleri, sadece belirttikleri oranlar için geçerli kabul edilir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 81.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 137-138.
3 Ahmed Ziya, ***Kavâid,*** s. 93.

الْمُطْلَقُ يَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصّاً أَوْ دَلَالَةً

64- MUTLAK ITLAKI ÜZERE CÂRİ OLUR. EĞER NASSAN YAHUT DELÂLETEN TAKYİD BULUNMAZ İSE[1]

Herhangi bir kayıtla kayıtlanmamış olan mutlak ifade, kendisinden anlaşılan en geniş anlam çerçevesinde değerlendirilir.

"Mutlak"; teklik, çokluk veya vasıf gibi şeylere bakmaksızın yalnız mahiyete delâleti olan lafızdır. *"Mukayyed"* ise; bir vasıf, hal, gâye ve şart kaydına bağlı olarak mahiyete delâlet eder.[2] Meselâ kitap, öğrenci ve kuş gibi sözcükler, sayı ya da vasıf belirtmeyen sadece mahiyet ifade eden mutlak lafızlardır. Ancak, "eski kitap", "yürüyerek gelen öğrenci", "akşama kadar izinlisin" ve "sabah olunca git" gibi ifadeler sırasıyla, vasıf, hâl, gâye ve şartla kayıtlanmış sözcükler olup mukayyed lafızlardır. Bu kâide, yaptığımız kısa açıklamanın bir cümle ile özetidir. Buna göre meselâ, bir kimse terziye elbise dikmesi için kumaş verip pazarlık yapsa, bu, mutlak bir işlem olur. Dolayısıyla terzi, bu elbiseyi kendi dikebileceği gibi, kalfasına da diktirebilir. Hatta kalfanın elinde bir kasıt ve kusur olmadan kumaş telef olsa, tazmin gerekmez.

Kâidede belirtildiği gibi takyid nassan ve delâleten olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. "Nassan" ifadesinden kasıt "lafzen"dır. Yani "açık bir sözle" demektir. Verdiğimiz terzi misâlinde, şayet mal sahibi, elbiseyi terzinin bizzat kendisinin dikmesini istemiş olsaydı, mutlak durum kayıtlanmış olacağından terzinin bu isteği yerine getirmesi gerekirdi. Aksi takdirde terzi, kalfanın elinde telef olan kumaşı tazminle yükümlü olurdu.

Malını ödünç veren kişi, ödünç verdiği kişiye malı verirken sadece kendisinin kullanmasına dair açık bir ifade kullanmamışsa, alan kişi mutlak kullanım hakkına sahip olduğu için, dilerse ken-

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 117.
2 Ebû Zehra, ***Metodoloji***, s. 151-152.

disi kullanır, dilerse başkasına ödünç verebilir. Çünkü bu akit mutlaktır ve ıtlakı üzere uygulanır. Oysa, mal sahibi akit sırasında bir sınırlama getirmiş olsaydı bu sınırlama bağlayıcı olurdu.

Mutlak lafzın delâleten takyid edilmesi, durum ve şartlar vesilesiyle gerçekleşir. Orta halli geliri olan birinin, kendisine otomobil alması konusunda vekâlet verdiği kişi, müvekkilinin gelir düzeyinin üstünde olan marka ve modelde bir vasıta alamaz. Müvekkilinin içinde bulunduğu ekonomik durum, verilen vekâleti delâleten yani dolaylı olarak takyid etmektedir. Hatta müvekkil, marka ve model belirleyip fiyat söylemeden "bana şöyle bir otomobil al" dese, "al" sözcüğü mutlak bir ifade olmasına rağmen vekil, piyasa değerinin üzerinde bir otomobil alamaz. Çünkü vasıtanın piyasa değeri, delâleten takyid edici bir durumdur.

Kurban bayramında kurban, yaz mevsiminde buz, kış mevsiminde yakıt almak için verilen vekâletler de, mutlak ifadelerle gerçekleşse de, içinde bulunulan şartlar bu vekâleti delâleten kayıtlamaktadır. Zamanı ve mevsimi geçince, vekâletlerin hükmü de kalkmış olur.[3]

Ahlâk kuralları, örf ve âdet de aynı şekilde delâleten takyid vasıtalarıdır. Ödünç olarak alınan bir ses kayıt cihazı, özel hayatın gizliliği kuralına aykırı bir şekilde kullanılamaz. Yine, ödünç alınan bir ekmek bıçağıyla odun parçalanamaz. Aksi belirtilmedikçe, satış fiyatlarına katma değer vergisi dahildir. Bütün bunlar ve bunlara benzer durumlarda mutlak olarak kullanılan ifadeler; örf ve ahlâk kurallarıyla delâleten takyid edilmiş demektir.

Delâleten takyid ancak objektif olaylardan çıkarılabilir. Bu bakımdan hiçbir emir, muhatap tarafından bilinmeyen olayların delâletiyle takyid edilmiş sayılmaz.

---

3 Ali Haydar, ***Durer***, I, 139-140.

الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ

65- HÂZIRDAKİ VASIF LAĞV VE GÂİBDEKİ VASIF MUTEBERDİR[1]

Meselâ bâyi', meclis-i bey'de hazır olan bir kır atı satacak olduğu halde, şu yağız atı şu kadar bin kuruşa sattım dese, icabı muteber olup yağız tabiri lağv olur amma meydanda olmayan bir kır atı yağız deyu satsa, vasf muteber olmakla bey' mün'akid olmaz.

Sözleşmelerde, kişinin karşısında duran bir şeyi vasfetmesi dikkate alınmaz, ancak yanında olmayan şeyi nitelemesi muteberdir.

Gözle görülen bir malın işaretle gösterilmesi, o malı vasfetme konusunda kuvvetli bir delildir. Bunun dışındaki açıklamalar değerlendirmeye alınmaz. Malın vasfedilmesinden maksat, onun belirlenmiş olmasıdır ki, işaretle olan belirleme sözle anlatımdan daha güçlüdür. Çünkü bir malı bizzat göstermekle, hem göz hem de kalp tatmin olur. Oysa sözle tarif, ancak kalbi tatmin edebilir. Kaldı ki sözde, görmenin aksine mecaz ihtimali de vardır.

Görülen şeyle ilgili sözlü vasıfların dikkate alınmaması için, vasfa dair sözlerin, işaret edilen nesnenin cinsinden olan şeylerle ilgili olması gerekir. Nitekim kâide için verilen misâlde böyle bir durum söz konusudur. Mevcut ve görünen bir atın niteliği ile ilgili yanlış ifade, yine at cinsi ile ilgilidir. Atın karşıda hazır olup işaretle gösterilmiş olması, aynı cinsten farklı bir nitelemeyi geçersiz kılmıştır.

Şayet vasıfla ilgili sözler, işaret edilen malın cinsi ile ilgili değil ise, vasıf muteber, işaret geçersizdir. Yine verilen misâlden yola çıkarsak, kişi atı göstererek sığır cinsi ile ilgili vasıflardan söz etmiş olsa, vasıf dikkate alınarak sözleşme geçersiz olur. Mecelle'nin

---

[1] Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 372.

208. maddesi bu esasa göre düzenlenerek; *"cinsi beyan olunarak satılan şey başka cinsten çıksa bey' bâtıl olur. Meselâ, bâyi' sırçayı elmas diye satsa bâtıldır."* ifadesine yer verilmiştir. Ancak alıcı olan taraf, bu yanlış vasıflandırmaya rağmen, alacağı malın farkında ise, yani gösterilen atın sığır olmadığını ya da gösterilen sırçanın elmas olmadığını bildiği halde kabul etmişse sözleşme, at ya da sırça üzerine gerçekleşmiş olur. Çünkü akit gösterilen mala taalluk eder. İşaretle söz çatıştığında işarete itibar edilir.

Gâib, yani sözleşme anında hazır bulunmayan malın, işaretle belirlenme imkânı olmadığı için vasfedilmesi muteberdir. Bu bakımdan bir kısım özellikleri sayılarak edinilen bilgi üzerine bir malı görmeden almak caizdir. Kâidenin misalinde, yanlış bilgilendirme üzerine yapılan akdin geçersiz olduğuna dair ifade doğru bulunmamış, "akit bağlayıcı olarak gerçekleşmiş olmaz" şeklinde tevil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Doğru olan da akdin sahih olup, bağlayıcı olmaması ve alıcının vasıf muhayyerliğine sahip bulunmasıdır. Meselâ bir kimse, odaları ve bazı özellikleri anlatılarak aldığı bir evi gördüğü zaman, anlatılan vasıflara uymadığını fark ederse akdi bozma hakkına sahiptir.

Bu kâide, sözleşmeler için geçerli olup, dâva ve şâhitlik konusunda uygulanamaz. Meselâ, bir kimse, hâkimin huzurunda mevcut olan demire işaret ederek "şu bir ton demir benimdir" dese, demir tartıldığında daha fazla olduğu anlaşılsa, bu dâva veya bu konudaki şâhitlik kabûl edilir. Yani, miktarı belirlenerek işâret edilen malın, tartıldığında ifade edilen miktardan fazla çıkması bu konuda açılacak dâvaya veya şehâdete engel değildir. Çünkü tartmak işaret etmekten daha belirleyicidir.[2]

---

2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 140-142.

السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَابِ

66- SUAL CEVAPTA İÂDE OLUNMUŞ ADDOLUNUR[1]

Yani tasdik olunan bir sualde ne denilmiş ise mûcib onu söylemiş hükmündedir.

Hukukta, üzerine hüküm bina edilen dil kurallarının önemli bir yeri vardır. Bu kurallar iyi bilinmez ve iyi anlaşılmazsa, onlara dayanılarak verilen hükümler de sağlıklı olmaz.

Bu kâide de sıradan bir dil kuralı ile ilgilidir. "Okula gittin mi?" sorusuna verilen "evet" cevabının içinde "okula gittim" cümlesi tekrar edilmiş sayılır. İşte sıradan bir dil kuralının hukukla ilgisi burada ortaya çıkmaktadır. Çünkü hukukta hükümler, söz ve fiillere isnad edilir. Oysa sorulan soruya verilen "evet" cevabında hükme esas teşkil edecek cümle gözükmemektedir. Verilen "evet" cevabının, sorudaki cümlenin tekrarı olarak kabul edilmesi halinde ortaya, üzerine hüküm bina edilebilecek bir söz çıkmış olacaktır.

Soru, inşâî olsa da olmasa da hüküm değişmez. "Evini kiraya verdin mi?", "filana vasiyette bulundun mu?", "maktûlü sen mi öldürdün?" ve "falancaya borcun var mı?" şeklinde normal soru kalıbıyla sorulan sorular inşâîdir. Bunlara verilen "evet" cevapları, sorulardaki cümlelerin olumlu olarak tekrarlanması ve bu cümlelerle ifade edilen sorumluluğun üstlenilmesi anlamına gelir.

"Bana şu kadar borcun var" ve "senin şu malını şu fiyata aldım" şeklinde inşâî olmayan cümlelere verilen olumlu cevaplar da, aynı şekilde cümlelerdeki ifadeleri ikrar ile kabullenmek demektir.[2]

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 77

2 Ali Haydar, ***Durer,*** s. 143.

لَايُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرَضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ

67- SÂKİT'E BİR SÖZ İSNAD OLUNMAZ. LÂKİN MA'RAZ-I HÂCETTE SÜKÛT BEYANDIR[1]

Yani, sükût eden kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez, lâkin söyleyecek yerde sükut etmesi ikrar ve beyan addolunur.

Susan kimse bir söz söylemiş olmaz. Fakat konuşmak gerekirken susmak bir bildirimdir.

Normal şartlarda susan, bir söz söylemeyen kişiye, "şu sözü söylemiş oldu" denemez ve böyle bir varsayımla hüküm verilemez. Bundan önce de ifade edildiği gibi hüküm için mutlaka söz ya da fiile ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, malının satıldığını gören kişinin buna ses çıkarmaması satışı onayladığı anlamına gelmez. Yine bir kimseye, malının başkası tarafından satıldığının söylenmesine karşılık o kimsenin susması da, yapılan satışı geçerli kıldığına bir delil teşkil etmez.

Bu mutlak ifade ve genel kurala rağmen, kişinin konuşması gereken yerde susması, bir ikrar ve açıklama olarak kabul edilir. Verilen örnekte, malının satılmasına ses çıkarmayan kişi şayet, o malı alan müşterinin malı kabz edip götürmesine de bir şey demez ve seyirci kalırsa, bu bir açıklama sayılarak, mal sahibinin bu satışı onayladığına hükmedilir.

Susmanın ikrar ve beyan yerine geçmesi, ya konuşan kişinin durumunun delâletinden, ya da zarar ve aldanmayı def' etme zorunluluğundan kaynaklanır:

a- Hibe, sadaka ve rehin olarak verilen malların, mal sahibinin huzurunda malın verildiği kişiler tarafından kabz edilmesi esnasında mal sahibinin susması, dini hassasiyeti olan birinin şâhitlik tezkiyesi sırasındaki sükûtu ve malından kızına çeyiz hazırlayan

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 569; İbn Nuceym, ***el-Eşbâh***, s. 78.

annenin harcamalarına babanın sessiz kalması gibi hususlarda hâlin delâleti, susmanın kabul demek olduğunu göstermektedir.

b-Hâkimin talebine rağmen dâvalının ısrarla susmayı sürdürmesi, şuf'a hakkı olan kimsenin, satış sözleşmesinden haberdar olduktan sonraki sükûtu, yanına emanet olarak mal bırakılan kişinin sesini çıkarmaması, aldığı malın ayıplı olduğunu bilmesine rağmen onu kabz edip ücretini ödemesi yani, bu konuda bir şey söylememesi gibi hususlarda, zarar ve aldanmayı def' etmek amacıyla sükût ikrar olarak kabul edilmiştir.

Diğer taraftan açıkça kabulün şart olmadığı işlemler için sükût, tabiî olarak kabul anlamındadır. Sadaka verilen, vekil kılınan, kendi lehine ikrar yapılan, kendisine vakıf yapılan, borcundan ibrâ edilen vb. kimselerin susmaları kabul olarak değerlendirilir.[2]

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, zımnen de rıza beyan edilebileceğinin belirtilmesi, sükûtun ikrar anlamında olduğunun günümüz hukukunda da geçerli olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 234. maddesi ile 337 ve 347. maddelerinde bu hususun açık bir ifadeyle kaleme alındığı görülmektedir.

Bugünkü içtihatlara göre; sükût eden, ancak reddini beyana güç yetirebildiği ve zorunlu olduğu hallerde beyan etmiş sayılır. Meselâ, kendisine gönderilen yeni mallardan beğenmediklerini iade etmeyi alışkanlık edinmiş olan bir tüccarın, böyle bir malı iade etmemesi kabul anlamına gelir.[3]

Türk Ticaret Kanununun 23/2-3 maddesinde göre, bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı/içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır.

---

2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** 337-339.

3 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 570.

دَلِيلُ الشَّيْءِ فِي الأُمُورِ الْبَاطِنَةِ يَقُومُ مَقَامَهُ

68- BİR ŞEYİN UMÛR-U BÂTINADA DELİLİ OL ŞEYİN MAKAMINA KÂİM OLUR[1]

Yani hakikatine ıttıla' müteassir olan umûr-u bâtınada delil-i zâhirisi ile hükm olunur.

Buradaki "delil" sözcüğü "alâmet" anlamındadır. Buna göre mâna; "bir şeyin bilinmeyen durumunu gösteren alâmeti, o şeyin yerine geçer" demektir. Yani, gerçek durumunun anlaşılmasına imkân bulunmayan bâtınî hususlarda, görünen alâmete göre hüküm verilir. Meselâ, müşterinin satın aldığı bir malın aybına muttali olduktan sonra o ayıbı tamir veya tedâvi ettirmesi, o ayıba razı olduğunun alâmetidir. Çünkü kişinin ayıba razı olup olmadığı, açıkça söylemediği sürece bilinemez. Ayıbın tamir ya da tedâvi edilmesi, ona razı olunduğunu göstermektedir.

Sözleşme için satış teklifinde bulunan kişi, daha sonra malını satmak istemediği anlamına gelen bir kısım söz ve davranışlarda bulunduğu takdirde, yaptığı satış teklifi geçersiz olur.

Yitik bir malı bulup alan bir kişi, onu sahiplenmek amacıyla almışsa gâsıb durumuna düşer. Ancak amacı, onu alıp sahibine ulaştırmaksa emanetçi konumunda olur. Fakat böyle bir durumda, bâtınî bir iş olmaması sebebiyle kişinin amacını tespit etmek zordur. İşte, bu kişinin yitik malı alması sırasında, onu sahibine ulaştırmak için aldığına dair iki şâhit tutması, niyeti belirleyen bir delil kabul edilerek, ona emanetçi hükmü uygulanır.

Kasden adam öldüren kişiye kısas uygulanır. Fakat kişinin kasdını anlamak bâtınî bir iş olduğundan, öldürme aleti ve öldürme şekli, kasıt olup olmadığına alâmet kabul edilir.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 368.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 139-140.

اَلْكِتَابُ كَالْخِطَابِ

69- MÜKÂTEBE MUHÂTABA GİBİDİR[1]

Gâipten kitab hâzırdan hitab gibidir. Yani, uzaktan yazışmak suretiyle yapılan sözleşmeler, yüz yüze yapılan sözleşmeler hükmündedir. Ancak bunun kabûlü için, yapılan yazışmanın usulüne uygun olması gerekir. Duvara ve ağaca yazma gibi teâmül dışı şeyler ile, suya ve havaya yazma gibi ciddiyetsiz uygulamalar, hukukî anlamda yazışma olarak kabul edilemez.

Usulüne uygun yazışma; örfen bilinen bir şekilde, yazısı okunaklı ve kime kim tarafından gönderildiği belli olan ve ayrıca sözleşmeye konu olan husus, karışıklığa meydan vermeyecek derecede açık yazılmış olan bir yazışmadır.

Yazışma ile yapılan sözleşmenin tamam olması için, kendisine mektup yazılan kişinin mektubu aldığı mecliste, yapılan teklifi kabul etmesi veya kabul ettiğine dair cevabî mektup yazması gerekir. Bu gereklilik, bey', icare, kefâlet, havâle ve rehin gibi, yapılan icabın kabul gerektirdiği sözleşmeler içindir. Müvekkilin vekilini, resmî yetkilinin hâkimi azlettiğini bildiren mektubun gereği, muhatabına ulaşır ulaşmaz onların kabulüne gerek olmadan yerine getirilir.[2]

Borçlar Kanunu'nda da aynı hüküm benimsenmiştir (m. 4, 5, 6, 10). Diğer taraftan, akitten doğan borçların tahriri şekli bahsinde, 13. maddenin ikinci fıkrasında; aksi kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya aslı, borcu üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgraf namenin yazılı şekil yerine geçeceği belirtilmiştir. Aynı maddenin birinci fıkrası ile 14. maddenin birinci fıkrasında ise, söz konusu evrakların geçerli olması için, üzerine borç alanların imzalarının bulunması şartı getirilmiştir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 186.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** 150-152.

الإشَارَةُ الْمَعْهُودَةُ لِلأَخْرَسِ كَالْبَيَانِ بِاللِّسَانِ

70- DİLSİZİN İŞARET-İ MA'HÛDESİ LİSAN İLE BEYAN GİBİDİR[1]

Dilsizin bilinen işaretleri, diliyle konuşarak yaptığı açıklama hükmündedir. Çünkü dilsiz kişiye söz isnad edilmemesi halinde, onun kendi haklarından yararlanamamasından öte, en tabiî hakkı olan yaşama hakkını dahi kullanabilmesi mümkün olmayacaktır.

Dilsizin el, kaş, göz ve başıyla yaptığı işaretlerin ne anlama geldiği, onunla birlikte yaşayan kimseler tarafından bilinir. Bu bilgiler doğrultusunda işaretlere hüküm bina edilir.

Dilsizin işareti; alım satım, icare, hibe, rehin nikah talak, ibrâ, ikrar, yemin ve vasiyet gibi sözleşmeler için geçerlidir. Tercih edilen görüşe göre, kısas için de muteberdir. Konuşamayan kişi, şayet biliyorsa yazdığı yazı da bu konularda işaret hükmündedir.

Zina ve iftira cezası gibi hadler konusunda dilsizin işareti ittifakla geçerli görülmemiştir. Çünkü hadler şüphe ile düşürülen cezalardandır. Dilsizin işareti ise, şüpheden uzak değildir.

Dili sonradan tutulan kimsenin bu hali sürekli olursa, kendisine dilsiz hükmü uygulanarak işaretine itibar edilir.[2]

Günümüzde duyma ve konuşma özürlüler için özel okullar açılmış ve onlarla iletişim kurmak amacıyla özel bir işaret dili geliştirilmiştir. Dolayısıyla hukuk gibi çok önemli bir konuda, dilsiz kimsenin işaret ve hareketlerini değerlendirmek için, mutlaka konunun uzmanına başvurulması şart görülmelidir. Nitekim HUMK'un 270. maddesi; hakimin, okuma ve yazma bilmeyen dilsizin cevabının, kendine mahsus özel işaretlerini anlayacak bir bilirkişi vasıtasıyla alınacağı hükmünü getirmiştir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 188.
2 Bilmen, ***Kâmus,*** I, 278.

يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُتَرْجِمِ مُطْلَقاً

71- TERCÜMANIN KAVLİ HER HUSUSTA KABUL OLUNUR[1]

Tercüman, hukuken tercüme ettiği kişinin yerine kâim kılınır. Yani tercüme ettiği söz, sözünü tercüme ettiği kişinin sözü olarak değerlendirilir. Burada bir bedeliyyet yerine asliyyet söz konusudur. Bu sebeple kâidede geçen "*her hususta*" ifadesi ile; sözleşmelerde, yeminde, yeminden nükûl etmede, borcu ve malı ikrar etmede tercümenin geçerli olduğu anlaşılmakla beraber, dâva ile ilgili bütün konuların, şüpheyle düşürülen hadler ve kısasın da, tercüme yoluyla sâbit olması esas alınmıştır.

Sözüne itibar edilebilmesi için tercümanın bazı şartları taşıması gerekmektedir. Tercümanın, herhangi bir hataya yol açmamak için öncelikle her iki dili iyi derecede bilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, dâvaya bakan hâkim dâvalıların dillerini biliyorsa tercümâna ihtiyaç olmayacağı için sözü de dikkate alınmaz. Ayrıca Ebû Hanîfe'ye göre, sesleri birbirine karıştırma ihtimali bulunduğu için kör olan tercümanın sözüne itibar edilmez. Diğer bir şart da, bu kişinin âdil biri olmasıdır.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf, tercümanın bir tek kişi olmasının yeterli olacağı görüşündedirler. İmam Muhammed ise, şâhitlikteki nisabı dikkate alarak iki kişi olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak bir tercümanın yeterli olduğu görüşü tercih edilmiştir.[2]

Günümüzde yasal yollarla kurulmuş bulunan yeminli tercümanlık büroları mevcuttur. Bu bürolardan alınan ve noter tarafından tasdik olunan tercümeler hukukî bir delil teşkil etmektedir. Ayrıca mahkeme sırasında da, yasaların yetkili kıldığı kişilerin tercümanlığı kabul edilir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 65.

2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 353-354; Bilmen, ***Kâmus,*** I, 278.

لاَ عِبْرَةَ بِالظَّنِّ الْبَيِّنِ خَطَؤُهُ

72- HATASI ZÂHİR OLAN ZANNA İTİBAR YOKTUR[1]

Yanlış olduğu ortaya çıkan zan hukuken geçersizdir. Yani bir kişi, kendince doğru olduğu zannıyla bir iş yaptıktan sonra, zannının yanlış olduğu anlaşılsa, o zannına dayanarak yaptığı işler de hükümsüz olur. Meselâ, borca kefil olan kişi borcu ödedikten sonra, asıl borçlu olan kişinin borcu ödediği ortaya çıksa, kefilin ödediği parayı, ödeme yaptığı kişiden geri alma hakkı vardır. Bunun aksi olsa yani, kefil önceden ödemiş olduğu halde asil, borcun ödenmediği zannıyla tekrar ödese, bu ikinci ödeme yine geçersizdir. Çünkü yanlış bir zan üzerine yapılan işlem hükümsüzdür. Dolayısıyla, yapılan ikinci ödeme geri alınacaktır.

Bir kimse diğer bir kimse hakkında belirli bir hak iddia etse ve dâvalılar bir mal karşılığı sulh olsalar, fakat daha sonra dâvacının dâvalıda hiçbir hakkı olmadığı anlaşılsa, dâvalı sulh için verdiği malı geri alma hakkına sahiptir.

Bir kimse, kendisinde alacağı olduğunu iddia eden kimseye, "bende alacağın olduğuna dair yemin edersen sana o meblağı veririm" dese, o da yemin edince, böyle bir usûlün doğru olduğu zannıyla parayı o kişiye ödese, sonradan onu geri alır. Çünkü iddia edene delil, inkarcıya yemin gerekir. Burada ise iddia edene yemin gerektiği zannıyla yanlış bir usul takip edilerek ödeme yapılmıştır.

Hâkimin verdiği kararda hata ettiği anlaşılırsa, iadei mahkeme yoluyla hakimin önceki görüşünden rücû etmesi gerekir.[2]

Bu kâide daha geniş anlamda düşünüldüğünde, yanlışlığı defalarca denenmiş görüşlere ve çözüm önerilerine değer verilmemsi gerektiğini hatırlatmaktadır.

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.
2 Ali Haydar, ***Durer***, s. 156-157.

لاَ حُجَّةَ مَعَ الإحْتِمَالِ النَّاشِي عَنْ دَلِيلٍ

73- SENEDE MÜSTENİD OLAN İHTİMAL İLE HÜCCET YOKTUR[1]

Meselâ, bir kimse veresesinden birine şu kadar borcu olduğunu ikrar ettiği takdirde eğer maraz-ı mevtinde ise, diğer verese tasdik etmedikçe bu ikrarı hüccet değildir. Zira diğer vereseden mal kaçırmak ihtimali maraz-ı mevte müsteniddir amma hâl-i sıhhatda ise ikrarı muteber olur ve ol halde olan ihtimal mücerred bir nevi tevehhüm olduğundan ikrarın hücciyetine mani olmaz.

Bir delilden kaynaklanan ihtimal ortaya çıkınca, bu delile muhalif olan hüccete itibar edilmez. Misâlde sözü edilen ikrarın ölüm döşeğinde yapılmış olması, kişinin diğer mirasçılarından mal kaçırma niyeti ihtimalinin bulunduğuna bir delildir. Dolayısıyla bu ihtimal, ikrarın hüccet olma vasfını kaldırmıştır. Ancak, ihtimal bir delile dayanmazsa ona itibar edilmez. Yani, kişinin sağlıklı iken mirasçısına yaptığı ikrar geçerlidir. Çünkü böyle durumda mirastan mahrum etme niyeti ihtimali vehimden ibarettir.

Vekil olan kimse, kendisi ya da müvekkili adına aldığını belirtmeden bir şey satın alsa, daha sonra mal telef olduğunda veya ayıplı çıktığında, o şeyi müvekkili adına aldığını söylese, bu sözü tasdik edilmez. Zira bu durumda bir töhmet ihtimali mevcuttur. Bunun delili, malın helâk olmasından veya ayıplı çıkmasından sonra bu sözü söylemiş olmasıdır.

Bir kimsenin, yakınları lehine yaptığı şâhitliğin kabul edilmemesi de bu kâidenin bir gereğidir. Çünkü insanın yakınları lehine şâhitlik yapması sırasında duygusal davranarak gerçeği söylememeleri ve onları kayırma ihtimalleri kuvvetlidir.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.

2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** 362; Ahmed Ziya, ***Kavâid,*** s. 103.

لاَ عِبْرَةَ لِلتَّوَهُّمِ

74- TEVEHHÜME İ'TİBAR YOKTUR[1]

Tevehhüm, herhangi bir delile dayanmayan mücerred/soyut ihtimâldir. Böyle ihtimaller dikkate alınarak hüküm verilemez. Aksi takdirde, sayısız ihtimallerin bulunduğu ticarî ve sosyal hayattaki işlemlerin doğru ve düzgün yürütülmesi mümkün değildir. Sözgelimi, bir kimsenin satın aldığı malın başkasına ait olabileceği vehmiyle satıcıdan kefil istemesi kabul edilemez. Çünkü normal şartlarda böyle bir ihtimal, temelsiz bir zandan ibarettir. Bu, insan ilişkilerini zora sokan ve tabiî hale aykırı olan bir durumdur.

İflas ederek ölen bir kimsenin malları satılarak değeri alacaklılar arasında paylaştırılır. Başka bir alacaklının daha ortaya çıkabileceği ihtimaline binaen ona pay ayrılmaz. Yani, onun mahrum kalacağı vehmine itibar edilmez. Şayet böyle biri çıkarsa, normal yollarla hakkını arar.

Bir kişi tarafından yaralanan kimse iyileşse ve bir müddet sağlıklı olarak yaşadıktan sonra ölse, bu kişinin yakınları, söz konusu yaralamadan öldüğü gerekçesiyle yaralayan kişiden diyet talep etseler bu dâva dinlenmez.[2]

Çoğu zaman toplumları, yönetimleri saran korkular, bu korkuların oluşturduğu kuruntular polisiye tedbirlerin alınmasına, suç işleme ihtimalini de suç haline getiren yasal düzenlemelerin yapılmasına yol açabilmiştir. Hukukun, hukukçuların kuruntulara değer vermemesi, hukuki analizlerini buna göre yapmaları, her şeyden önce onlardan kurtulmaları gerekir. Bu ilke, her zaman hatırlanması gereken bu gerçeğin altını çizmiş, hukukçulara görevlerini bir kere daha hatırlatmıştır.[3]

---

1 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 158.
2 Ali Haydar, ***a.g.e.,*** I, 159-160.
3 İlhan, ***Mecelle,*** s. 68.

الثَّابِتُ بِالْبُرْهَانِ كَالثَّابِتِ بِالْعِيَانِ

75- BÜRHAN İLE SÂBİT OLAN ŞEY IYANEN SÂBİT GİBİDİR[1]

Kesin bir delille sâbit olan şey, açıkça ve gözle görülerek sâbit olmuş hükmündedir. Nasıl ki insanın, gözüyle gördüğü bir şeyin aksini iddia etmesi mümkün değilse, varlığı kesin ve güvenilir bir delille belirtilen şeye karşı çıkması da düşünülemez. Meselâ dâvalının, dâvacının iddia ettiği bir hakkı ikrarı kesin bir delille ispatlanmış olsa bu, huzurda duyulmuş yani, bizzat kendisinden işitilmiş gibi kesinlik ifade eder.

Mecelle şârihleri, buradaki "*bürhan*"dan yani, kesin delilden kast edilen şeyin âdil şâhit olduğunu belirtmişlerdir. Ancak, bu ifade ile, hukukî ispat gücü olan ve kesinlik vasfı olan bütün delillerin (ikrar, resmi belge ve kayıtlar, yazılı belgeler ve senetler, bilirkişi, yemin) kastedilmiş olacağını düşünmek hukukî açıdan daha uygun olur.

Bir kimse, borcundan dolayı alacaklısını dâva edip, dâvalı da borcunu ikrar etse, borç açıkça sâbit olduğu için, o kimse bunun gereğini yerine getirmekle yükümlü tutulur. Söz konusu kişi, dâvacının iddiasını inkar eder, dâvacı da ondaki alacağını âdil şâhitlerle ispatlarsa, yine aynı şekilde ödeme yükümlülüğü altına girmiş olur.

Bir kimse diğer bir kimseye, ne kadar borcu olduğunu bilmediği halde "filan şahsın sana olan borcuna kefilim" dese, daha sonra o şahsın bu kişiye sözgelimi on altın borcu olduğu kesin bir delille ispatlanmış olsa, kefilin on altını ödemesi gerekir. Zira böyle bir beyyine ile sâbit olan, açık bir ifade ile sâbit olan gibidir.[2]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 368.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I,160-161.

الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ

76- BEYYİNE MÜDDA'Î İÇİN VE YEMİN MÜNKİR ÜZERİNEDİR[1]

Usûl hukukunun çok önemli ve evrensel bir prensibini oluşturan bu kâide, yaklaşık olarak aynı lafızlarla ifade edilen bir hadisten alınmıştır.[2]

Muhâkeme sırasında dâvacı delil getirmekle yükümlü olup, delil getirmediği takdirde dâvalıdan yani, dâvacının iddiasını inkâr eden kişiden yemin etmesi istenir. Çünkü dâvacının sözü zâhirî duruma muhalif olduğu ve yeni bir şey ortaya koymak istediği için yetersiz kalır. Bu sebeple iddiasını ikna edici delillerle ispatlamak zorundadır. Dâvalı için böyle bir durum söz konusu olmadığı için yemin etmesi yeterli görülmüştür.

Bu konuda davâcı ve dâvalı arasındaki farkı belirtmek gerekmektedir. Sözgelimi, dâva konusu bir mal ise, bu malda hakkı olduğunu iddia eden dışarıdaki kişi dâvacı, o malı elinde bulunduran ve malın kendisine ait olduğunu söyleyen kimse de dâvalıdır. Her ikisi de, malın kendilerine ait olduğunu iddia etmeleri açısından dâvacı, karşı tarafın iddiasını reddetme yönünden de inkârcı durumundadırlar. Ancak, mal elinde olmayan kişinin amacı, malın mülkiyetini kendi adına ispatlamak olup, dâvasında zımnî bir olumsuzluk söz konusudur. Fakat malı elinde bulunduran kimsenin amacı ise, dışarıdaki kişinin malın mülkiyetine dair iddiasını nefyetmek olup, kendi dâvasında zımnen bir olumluluk mevcuttur. Dolayısıyla, amaçlanan şeyin kastedilmesi dikkate alınarak, iddia kasdı olana delil, inkâr kasdı olana yemin yükümlülüğü getirilmiştir.

---

1 Suyûtî, ***Câmiu's-Sağîr,*** I, 107.

2 Buhârî, ***Rehin*** 6; Tirmizî, ***Ahkâm,*** 12; İbn Mâce, ***Ahkâm,*** 7. Von Kremer, bu kâidenin Roma hukukundan alındığını iddia eder. Oysa bu kâidenin kaynağını oluşturan hadîs, sahih ve muteber hadîs kitaplarının hepsinde mevcuttur.

Diğer bir tanımla, sözü zâhirî hale/mevcut duruma uygun olmayan kişiye dâvacı, uygun olana da dâvalı denmiştir. Meselâ, başkasından bir hak iddia eden kimse, kendi zimmetinin o hakla meşgul olduğunu iddia etmiş demektir. Zimmetin meşguliyeti, "berâet-i zimmet asıldır" kuralı gereği zâhirî duruma uygun değildir. Bu sebeple, bunu ileri süren kişiye dâvacı, aslî duruma uygun durumdaki kişiye dâvalı denmiştir.

Bu kâidenin aksini uygulamak kesinlikle kabul edilemez. Meselâ, "sende şu kadar alacağım var" diyen kişiye dâvalı; "bende alacağın olduğuna dair yemin edersen onu sana öderim" dese ve dâvacı da yemin etse, dâvalının sözü edilen miktarı ödemesi gerekmez.[3]

Yemin, Allah adına yapılır. Hıristiyanların yemini; "İncil'i İsa (as)'ya indiren Allah'a yemin ederim", Yahudilerin yemini de; Tevrat'ı Musa (as)'a indiren Allah'a yemin ederim" şeklindedir. Diğer din mensupları ise, kendi kutsalları adına yemin ederler.[4]

Bugünkü hukukta da uygulama bu şekildedir. Dâvacı dâvasını ispata mecburdur. İspat edilemeyen dâvalarda dâvacının teklifi veya hâkimin lüzum görmesi üzerine dâvalıya yemin teklifi yapılır. Yeminle ilgili hükümler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 337-362 arasındaki maddelerle düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 83. maddesinde de yemin konusuna yer verilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 347. maddesi şöyledir: "Kendisine yemin teklif olunan kimse, yemin etmez veya yemini hasma reddeylemezse yemin mevzuunu teşkil etmiş olan meseleyi ikrara etmiş addolunur. Kendisine yemin reddolunan kimsenin yeminden imtinaı dahi ikrar addolunur."

---

3 Ali Haydar, ***Durer***, I, 161-163.

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 369.

الْبَيِّنَةُ لِإِثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ وَالْيَمِينُ لِإِبْقَاءِ الْأَصْلِ

77- BEYYİNE HILÂF-I ZÂHİRİ İSPAT İÇİN VE YEMİN ASLI İBKÂ İÇİNDİR[1]

Delil, görünen normal durumun aksini ispatlamak, yemin ise asıl durumun olduğu hal üzere bırakılması içindir. Zâhirin ve aslın hilâfı; ârızî sıfatların varlığı, zimmetin meşguliyeti ve yeni ortaya çıkan bir durumun en uzak zamâna izafe edilmesi gibi şeylerdir. Asıl ve zâhir olan ise; ârızî sıfatlarda asıl olanın yokluk olduğu, zimmetin boş olması ve sonradan çıkan şeyin en yakına izafesidir.

Şüphesiz her iddia, bilinen, görünen duruma karşı bir sav, bir tezdir. Kanıtlanınca durum değişecek, iddia doğrultusunda yeni bir durum meydana gelecektir. Bu, yargı diyalektiğidir. Durumu değişmesi, yeni bir durum meydana gelmesi için iddianın kanıtlanması gerekir. Yemin ise, bu kanıtlamayı, durumun değişmesini önleyecek bir araçtır. Yemin eden, iddianın kanıtlanmasını böylece önleyen, durumu sürdüren kişidir.[2]

Alış veriş yapan iki kişi, satışın rıza ile veya zorlamayla olduğu konusunda anlaşmazlığa düştükleri takdirde söz, rızayı savunan tarafın olur. Çünkü sözleşmelerde asıl olan rızadır. İkrah, aslın hilâfına bir durum olması sebebiyle, bunu iddia eden kişiden delil getirmesi istenir.

Emin olan kimse için bu maddenin hükmü uygulanmaz. Meselâ, emanetçiye bir mal bırakan kimse bu malı geri istediğinde emanetçi, malı kendisine geri verdiğini veya hiç kusuru olmadığı halde malın telef olduğunu iddia etse, söz hakkı yeminle birlikte emanetçiye ait olur. Oysa iade veya telef iddiası aslın hilâfına olduğundan emanetçiden delil istenmesi gerekirdi.[3] Ancak, sözleşmenin doğrudan güvene dayalı olması böyle bir hükmü zorunlu kılmıştır.

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 367.
2 İlhan, ***Mecelle***, s. 69.
3 Ali Haydar, ***Durer***, I, 164-165.

الْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيَةٌ وَالإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ

78- BEYYİNE HÜCCET-İ MÜTEADDİYE VE İKRAR HÜCCET-İ KÂSIRADIR[1]

Bir şey kesin delille sâbit olur ve gereği ile hükmedilirse, o hüküm, yalnız kendisine delil getirilen şahsa münhasır kalmayıp başkasına da sirayet edebilir. Çünkü kesin delil, ancak hâkimin hükmüyle hüccet olma vasfını kazanır. Hâkimin genel velâyet yetkisi olması sebebiyle verdiği hükmün, delilden doğrudan etkilenen kişi ya da kişilerin dışındaki kimselere de sirayet etmesi söz konusu olabilir.

İkrar ise böyle olmayıp, sadece ikrarda bulunan şahsın kendisi hakkında hüccet olur ve başkasına sirayeti yoktur. Zira ikrarın delil olabilmesi mahkeme kararına bağlı olmadığı ve ikrar eden şahsın velâyeti ancak kendi üzerine olduğu için, hükmü de başkasına sirayet etmez.[2]

Bir kimse, mirasçılardan sadece birinin huzurunda, miras malından alacağı olduğunu iddia edip bunu kesin bir delille ispat etse, verilen hüküm diğer vârislere de sirayet eder, yani onları da bağlar. Dolayısıyla diğer mirasçılar, dâvacının iddiasını kendi huzurlarında da ispatlamasını talep edemezler. Fakat söz konusu borç, delille değil de, yalnız bir mirasçının ikrarı ile sâbit olup ona göre hüküm verilseydi, borç sadece ikrarda bulunan mirasçının terekeden alacağı paydan tahsil edilebilirdi.

Kişinin satın aldığı malda bir başkası hak iddia eder ve bunu kesin bir delille ispatlayarak malı zapt ederse, bu kişi satıcıdan o malın ücretini geri alabilir Satıcı; "ben mahkemede bulunmadım, dolayısıyla bu hüküm beni ilgilendirmez" diyemez. Oysa alıcı, ileri sürülen hak iddiasını delile gerek duymadan kendisi ikrar ederek malı vermiş olsaydı satıcıdan ücret talebinde bulunamazdı.

---

1 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 165.
2 Atif Bey, ***Mecelle,*** s. 86.

Bir kimse; "filan şahısla birlikte filan kimseyi öldürdük" şeklinde bir ikrarda bulunur, birlikte olduğunu iddia ettiği kimse de öldürmeyle ilgisinin bulunmadığını söyleyerek bunu inkâr ederse, bu konuda delil aranır. Şayet ikisinin birlikte öldürdüklerine dair kesin bir delil bulunamazsa, sadece o kimsenin ikrarına dayanılarak ikinci şahsın, öldürme suçundan dolayı cezalandırılması mümkün olmaz.[3] Çünkü hüccet-i kâsıra olması sebebiyle ikrar sadece onu yapan şahsı ilgilendirir.

Bir neseb, kesin bir delille sâbit olduktan sonra, hükmü bütün insanlara sirayet eder, artık bunun hilafına dâva ve şahâdet dinlenmez. Fakat bir şahsın soyut ikrarı ile sâbit olan bir nesebin hilâfına delil getirilebilir.[4]

Modern hukukta ikrar delil olduğu için değil, ikrar edenin haklarından vazgeçmesinden dolayı hükme esas tutulmuştur. Bu bakımdan sonucu da sadece kendisini ilgilendirir. Aksi takdirde, başkasına zarar vermek için yapılacak kötü amaçlı ikrarların yolu açılmış olurdu.[5]

Resmi sicil ve senet gibi kanıtlar yalnız taraflara karşı değil, ilgili herkese karşı kanıttır. Kambiyo senetleri, imzası ikrar edilmiş senetler ve ticari defterler de bu niteliği haizdirler. Hatta bir davadaki tanık ifadeleri başka davada delil gösterilebilir.

İlgililerin başında şüphesiz müteselsil borçlular gelir (BK 141-147. madde).

İkrar, mevcut bir borcun kabulü olabileceği gibi, BK'nun 17. maddesi anlamında yeni bir borç da meydana getirebilir. Burada söz konusu olan, mevcut bir borcun, bir alacak iddiasının kabulü anlamındadır. İkrar elbette yalnız ikrarı yapan kişiyi borçlandırır.[6]

---

3 Ali Haydar, ***Durer***, I, 168, 169.
4 Bilmen, ***Kâmus***, I, 281.
5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 601.
6 İlhan, ***Mecelle***, s. 70.

الْمَرْءُ مُؤَاخَذٌ بِإِقْرَارِهِ

79- KİŞİ İKRARI İLE MUÂHAZE OLUNUR[1]

Hukuken sahih ve muteber olan, hâkim tarafından tekzib edilmemiş bir ikrar, ikrar eden kişinin aleyhine delil teşkil eder ve bu kişi, ikrarının gereğini yapmakla sorumlu tutulur. Çünkü ikrar, sahibi açısından kesin delil gibi bağlayıcıdır. Bu bakımdan kişinin, kul hakları ile ilgili ikrarlarından dönmesi sahih görülmemiştir. Meselâ, bir kimse bir şahsa borcu olduğunu ikrar etse, daha sonra bu ikrarından vazgeçmesi kabul edilmez, ikrar ettiği borç miktarını o şahsa ödemek zorundadır.

Önceki maddede belirtildiği gibi ikrar, her ne kadar hüccet-i kâsıra olsa da, şahsın kendisiyle ilgili bir hüccet olması ve ikrarının yalana dayanmasının âdeten mümkün görülmemesi sebebiyle diğer delillerden daha önemlidir. Bu bakımdan bir konuda beyyine/delil ile ikrar ikisi birlikte bulunduklarında, hükmü delile dayandırmaya ihtiyaç yoksa ikrara itibar edilir. Meselâ, bir kimse diğer bir kimseden hâkim huzurunda bir alacak dâvasında bulunsa, dâvalının inkârı üzerine, dâvacı delil ile alacağını ispat ettikten sonra, hâkim hükmünü vermeden dâvalı borcunu ikrar ederse, ikrarı ile sorumlu tutulur. Çünkü bu durumda hükmü delile dayandırmaya ihtiyaç yoktur. Ancak bir kimse, ölen kimsenin mirasçılarından sadece birinin huzurunda mirasta alacağı olduğu iddiasında bulunduğunda, o vâris bunu inkâr etse ve dâvacı da iddiasını ispatladıktan sonra hükümden önce vâris borcu ikrar etse bu ikrara itibar edilmez, hüküm delile bina edilir. Zira ikrara bina edilecek olsa dâvacı alacağını ancak o vârisin alacağı paydan tahsil edebilecek, hüküm diğer vârislere sirayet etmeyecektir.[2]

Bir kimsenin kendi ikrarı ile sorumlu tutulması, o ikrarın hâkimin hükmüyle tekzib olunmaması şartına bağlıdır. Aksi takdirde

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.
2 Atıf bey, ***Mecelle***, s. 88-89.

ikrar geçersiz sayılır. Meselâ, müşteri satın aldığı bir evi bin liraya aldığını söyler, satıcı ise iki bin liraya sattığını iddia ve ispat ederse, şuf'a hakkı olan şahıs, bu hakkını kullanarak almak istediği bu ev için iki bin lira ödemek zorundadır. Müşterinin ikrarına dayanarak bin lira ödemesi gerektiğini iddia edemez. Çünkü her ne kadar müşteri böyle bir ikrarda bulunmuş olsa da, hâkimin satış fiyatı olarak iki bin liraya karar vermiş olması bu ikrarı geçersiz kılmıştır.[3]

Diğer taraftan, kişinin ikrarı ile sorumlu tutulması hukukî olup dinî değildir. Yani ikrara dayanılarak verilen hükmün dinen de doğru olduğu anlamına gelmez. Kişi yalan da söyleyebilir, ancak hukukî hükümler zâhire bina edildiği için hukuken geçerli sayılır. Dolayısıyla ikrarla mal elde eden kişinin yalan söylediği anlaşılsa dahi, onun elinden mal zorla alınamaz.[4]

HUMK ikrar ile kabulü birbirinden ayırmıştır: "İki taraftan birisinin netice-i talebine muvafakat etmesidir." (92. madde). Mahkeme bu kabule göre karar verir. İkrar ise, "ikrar eden tarafın aleyhine delil teşkil eder" (236/1 madde). Bu elbette birisinin davada talebi kabul etmesi değil, diğerinin ileri sürdüğü olayları veya olayı kabul ve ikrar etmesi anlamına gelir. Mahkeme diğer delilleri toplayarak karar verecektir. Tartışılması gereken nokta, ikrarın kişisel olması ve yapanı bağlamasıdır. Başka bir deyişle, "ikrarı kişiyi sorumlu kılar". İkrar başka kişiler aleyhine hukuki sonuç doğurmaz, sadece yapanı bağlar. Eski veya yeni, İslam hukuku veya Roma hukuku, hangisi ve ne zaman ve nerede olursa olsun, ikrarı kişiyi sorumlu kılar. Bu evrensel bir ilkedir. Hükümler değişebilir ama ilke değişmez.

Maddi hukuk açısından da böyledir; sebepsiz de olsa borç ikrarı geçerlidir.[5]

---

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 170-171.

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 404.

5 İlhan, ***Mecelle,*** s. 77-78.

لاَ حُجَّةَ مَعَ التَّنَاقُضِ ولكِنْ لاَ يَخْتَلُّ مَعَهُ حُكْمُ الْحاكِمِ

80- TENÂKUZ İLE HÜCCET KALMAZ, LÂKİN MÜTANÂKIZIN ALEYHİNE OLAN HÜKME HALEL GELMEZ[1]

Meselâ, şâhitler şehâdetlerden rucu' ile tenâkuz ettiklerinde şahâdetleri hüccet olmaz, lâkin evvelki şahâdetleri üzerine kadı hükmetmiş ise bu hüküm dahi bozulmayıp mahkûmunbihi şâhitlerin tazmin etmesi gerekir.

"Tenâkuz", iki sözden her birinin, diğerinin ispat ettiği hükmü nefyetmesi, bozmasıdır. Yani, ikisinin de doğru olma ihtimali olmayıp birinin doğru, diğerinin yanlış olması gerekmektedir. Burada hüccet ile kastedilen de şâhitliktir.[2]

Buna göre mâna; "tenâkuz sebebiyle hüccet bâtıl olur" şeklindedir. Yani, önceki şâhitliğe zıt olarak yapılan şâhitliğin delil olma vasfı kalmaz. Fakat bu durum, çelişkili ifadeler kullanan şâhitlerin aleyhine hüküm vermeye engel olmayıp, aksine şâhitlerin aleyhine tazminle hükmetmeyi gerektirir. Yani hâkimin, yapılan bir şâhitliğin gereği olarak verdiği hüküm, daha sonra aynı şâhitlerin ifade değiştirmesi ile bozulamaz.

Aksine, önceki şâhitliklerinden dolayı verilen hüküm sebebiyle zarar görmüş olanların zararını bu şâhitler ödemekle sorumlu tutulurlar. Aslına bakılırsa, şâhitlerin öncekinden farklı olan son sözleri, gerçeği ifade konusunda aynı değerde olduğu için, birinin diğerine tercihi söz konusu değildir. Fakat önceki sözleri hâkim kararıyla tekid edildiği için ikinci sözleri onu geçersiz kılamaz. Ancak şâhitler, şâhitlikleri sebebiyle bir zarara sebep oldukları için tazminle yükümlü tutulur. Çünkü hükümden sonra şâhitliklerinden rücû etmiş olmaları, kendi üzerlerine tazmin sebebini ikrar ve itiraf etmeleri anlamına gelir. Sözlerinde çelişkiye düşmüş

---

1 Merğınânî, ***el-Hidâye***, III, 122.
2 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 109.

olmaları, kendi aleyhlerine olan ikrarın hüccet olmasına engel olmaz.[3] Bunun gereği de sebep oldukları zararın tazminidir.

Tenâkuz, ya sadece dâvada veya şâhitlikte ya da hem dâva ve hem de şâhitlik arasında olur:

a- Şayet dâva konusunda bir tenâkuz olursa, o dâva baştan reddedilir. Meselâ, bir kişi bir evin önce kiracısı olduğunu ikrar eder, sonradan da onun sahibi olduğunu iddia ederse onun dâvası dinlenmez. Fakat "bu evin kiracısıydım, sonra onu satın aldım" şeklindeki ifade, tenâkuz sayılmadığından böyle bir dâvaya bakılır.

b- Yukarıda anlatıldığı gibi, eğer şâhitlikte bir çelişki bulunursa, bunun hâkim huzurunda olması gerekir. Mahkeme dışındaki rücûun, yani öncekinde farklı bir ifadenin hukukî bir değeri yoktur.

c- Çelişki bazen dâvacının dâvası ile şâhitlik arasında olur. Meselâ, bir kimse sattığı malın ücretini dâva ederken, şâhitlerin bunun borç olduğunu söylemesi veya kişi bir mala babasından miras kalarak sahip olduğunu iddia ederken şâhitlerin o malın bu kişiye annesinden miras kaldığını söylemesi şeklindeki çelişkilerin bulunduğu durumlardır. Böyle durumlarda getirilen delillere itibar edilmez.[4]

Günümüz hukukunda da çelişme kanıtın, kanıt niteliğini ortadan kaldırır. Hüküm verilmiş olsun olmasın bunun sonucu değişmez. HUMK 445/4. maddeye göre şahidin, yalan şahitlikten mahkum olması gerekir.

Modern hukukta yargıcın kararını, bu kararda hatasını gösteren delillerin meydana çıkması halinde düzeltmesi imkânları kabul edilmemişse de, iddiasını sahte senetle, yalan şâhitle ispat etmek, hasmının kullanabileceği bir belgeyi gizlemek gibi taraflardan biri hileli hareket ederek hâkimin kanaatine tesir ederse, iadei mahkeme yolu ile hükmün değiştirilmesi kabul edilmiştir.[5]

---

3 Atıf Bey, ***Mecelle,*** s. 90.
4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 405, 406.
5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 603.

قَدْ يَثْبُتُ الْفَرْعُ مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ الأَصْلِ

81- ASIL SÂBİT OLMADIĞI HALDE FER'İN SÂBİT OLDUĞU VARDIR[1]

Meselâ, bir kimse filanın filana şu kadar kuruş deyni vardır, ben dahi ona kefilim dese ve asil'in inkârı üzerine dâyin iddia etse meblâğ-ı mezbûru kefilin vermesi gerekir.

Bu kâide, "asıl sâkıt oldukda fer' dahi sâkıt olur" şeklindeki 50. kâidenin tamamlayıcısı durumundadır. Yani fer', sukût bakımından asla tâbi olmakla beraber, sübût yönünden asla bağlı olmayabilir. Bazen asıl sâbit olmadığı halde fer' sâbit olabilir. Misâlde sözü edilen kefil fer'dir. Asıl borçlu olan kişi onun kefâletini kabul etmemekle beraber, alacaklının iddiası üzerine kefilliği sâbit olmakta ve sözünü ettiği borcu ödeme yükümlülüğü altına girebilmektedir. Böylelikle asıl olmadan fer' sâbit olabilmektedir.

Bir kimse bir malı gasp ederek onu satsa ve o mal alım satım yoluyla birkaç el değiştirdikten sonra malın sahibi bu işlemlerden birini onaylasa, bu onay sadece o işlem için geçerli olur. Ondan öncekilere ve sonrakilere etkisi olmaz.[2] Oysa asıl olan baştaki gasbın onaylanmasıdır. Bu olmadığı halde, onun fer'i durumundaki başka bir sözleşmenin tasdiki geçerli olmuştur.

Bir kimse, nesebi bilinmeyen birini kardeş olarak ikrar etse, onun nesebinin kendi babasına ait olduğunu ikrar etmiş olur. Kardeşlik nesebi babalık nesebinin bir fer'idir ve babalık nesebi için babanın tasdiki gerekir, inkâr ederse, beyyine olmadan neseb sâbit olmaz. Fakat ikrarı sebebiyle o kişinin kardeşi olur ve onun babadan alacağı miras payını ikisi paylaşır.[3]

Yargıtay, asıl alacakla birlikte talep edilmeyen faizin (fer'in) asıl alacağın ortadan kalkmasından sonra da ayrıca talep edilmesini kabul etmektedir.

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.
2 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtâr***, V, 112.
3 Mustafa Zerkâ, ***Medhal***, II, 1022.

الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ ثُبُوتِهِ

82- ŞARTIN SÜBÛTU İNDİNDE ONA MUALLAK OLAN ŞEYİN SÜBÛTU LÂZIM OLUR[1]

Bir sözleşmenin gerçekleşmesi herhangi bir şarta bağlandığı takdirde, şartın meydana gelmesiyle sözleşme gerçekleşmiş olur.

"Ta'lik", bir şeyin meydana gelmesinin, başka bir şeyin meydana gelmesi şartına bağlanmasıdır. Akdin gerçekleşmesinin kendisine bağlandığı cümleye *"şart"*, akde konu olan şeyi anlatan cümleye de *"ceza"* ya da *"cevap"* adı verilir. Meselâ, biri diğerine; "filan kimse senin malını çalarsa ben öderim" dese, kefâlet-i muallaka yani, şarta bağlı bir kefâlet olur. Hırsızlık meydana gelirse, buna bağlı olarak kefâlet sözleşmesi de gerçekleşmiş olur. Burada sözü edilen kişinin hırsızlık yapması şart, kefâlet cevaptır.

Bu kâide, şarta bağlanması sahih ve meşru olan konular için geçerlidir. Yoksa şarta bağlanması sahih olmayan hususlardan biri, bir şarta ta'lik edilmiş olunsa bu ta'lik fâsid olur. Yani, şart sâbit olsa da ona bağlı olan şey gerçekleşmiş olmaz.

Şarta ta'lik konusu, dört maddede değerlendirilebilir:

a- Bazı muamelelerin kendi yapısına uygun yani, onun gereğini teyid eden şartlara ta'lik edilmesi sahihtir. Bu muameleler, vekâlet, vasiyet, havâle, kefâlet, kefâletten ibrâ, ticarete izin, hâkimlik ve vâliliğe tayin, hâkimi azletmek ve satıştan sonra şuf'a hakkından vazgeçmektir. Meselâ, bir kimse bir şahsa; "filan kimse aleyhime dâva açarsa sen benim vekilimsin" deyip o şahıs da kabul etse, dâva açılınca vekâlet gerçekleşmiş olur. Yine bir kimse, velisi bulunduğu sefih bir şahsa; "ne zaman hesabını kitabını öğrenirsen yani, saçıp savurmaktan vazgeçersen, ticaret yapmakta serbestsin" dese, sefih durumunu düzelttiği takdirde ticarete izinli sayılır.

Yapılacak muameleye uygun olmayan şartlara ta'lik ise sahih değildir. Meselâ, bir kimse diğerine; "rüzgâr eserse veya filan

---

1 Hâdimî, ***Menâfi'***, s. 332.

haneye girersen filan hususta vekilimsin" şeklinde vekâletle ilgisi olmayan bir şarta bağlasa, şart sâbit olsa da vekâlet sâbit olmaz.

b- Ta'liki asla sahih olmayan muameleler de şunlardır: Bey', icâre, iare, hibe, sadaka, ikrar, müzâraa, müsâkat, vakıf, tahkim, ikâle, akde icâzet, borçtan ibrâ, satıştan önce şuf'a hakkından vazgeçme, vekili azl, ticarete izinli kimseyi hacr, ayıp ve şart muhayyerliği ile malı iade hakkını iptal, maldan mal karşılığında ikrar, inkâr veya susmakla yapılan sulh. Meselâ, bir kimse diğerine; "filan kişi seferden gelirse bu evimi sana şu kadar liraya sattım" veya "kiraladım" dese ve o da kabul etse, söz konusu zatın seferden gelmesiyle bu sözleşmeler gerçekleşmiş olmaz.

c- Gelecek zamâna izâfe edilmesi sahih olan muameleler şunlardır: İcâre, icâreyi fesh, müzâraa müsâkât, mudârabe, vekâlet, kefâlet vasiyet, vasî ya da hâkim veya vâli tayin etme; vakf, âriyet ve muhayyerlik hakkından vazgeçme. Meselâ, bir evi filan aydan itibaren belli bir fiyata kiraya vermek sahih olduğu gibi, kira sözleşmesini gelecek şu ayın başlangıcından itibaren feshetmek de sahihtir.

d- Gelecek zamâna izafe edilmesi sahih olmayan muameleler ise şunlardır: Bey', bey'e icazet, bey'i fesh, kısmet, şirket, hibe, maldan sulh ve borçtan ibrâ. Meselâ, bir kimse; "gelecek filan ayın başında şu fiyata malımı sana sattım" dese ve o şahıs da bu şekilde kabul etse akit sahih olmaz.[2]

İlk bakışta buradaki (b) ve (c) şıklarında bir çelişki görülebilir. Ancak zamâna izafe, ta'liktan farklıdır. Örneklerde de görüldüğü gibi ta'lik, bir şeyin sübûtunun bir olaya bağlanması iken, zamâna izafe, işlemin soyut olarak sadece gelecekte belirli olan bir vakte bırakılmasıdır.

BK'un 155. maddesine göre, kanuna, ahlâk ve âdaba aykırı bir fiil veya ihmal, şart olarak takdir edilmiş olduğu takdirde bu şarta bağlı olan borç hükümsüz olur. Bu hüküm bir başka yönden yukarıdaki kâidenin bir ifadesidir.

---

2 Bilmen, ***Kâmus***, I, 282-283.

يَلْزَمُ مُرَاعَاةُ الشَّرْطِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ

83- Bİ KADRİ'L-İMKÂN ŞARTA MÜRÂAT OLUNMAK LÂZIM GELİR[1]

Hukuken muteber olan şartın mümkün olduğu kadar gözetilmesi gerekir. Burada sözü edilen şart, "...yapmak şartıyla", "...etmek üzere" şeklindeki takyidî şarttır. "...ise, eğer" tarzındaki ta'likî şart değildir.

Takyidî şart, akde uygun, onun gereğini teyid ve takviye eden ya da örf ve âdette uygulana gelen meşru şeylerden olursa buna "*câiz şart*" adı verilir ve imkânlar çerçevesinde yerine getirilmeye çaba sarf edilir. Meselâ, "malımı satarım ama borcuna karşılık rehin vermen şartıyla" şeklindeki şart böyle bir şarttır.

"*Fâsit*" ve "*lağv*" olarak adlandırılan, yukarıdaki şartlan hâiz olmayan diğer şartlara itibar edilmez. Taraflardan birine haksız yarar sağlayan şartlar fâsit, varlığı ya da yokluğu eşit olan şart da lağvdır. Meselâ ikâle, yapılan sözleşmenin karşılıklı rıza ile bozulmasıdır. Bir kimse, bin liraya bir mal satın alıp sonradan bu sözleşmeyi bozmak düşüncesiyle satıcıya gelip, iki yüz lira eksiğine malı iade etmek istediğini söyler ve satıcı bunu kabul ederse, ikâle gerçekleşir. Ancak şart, satıcıya menfaat sağlaması sebebiyle fâsit olduğundan dikkate alınmaz.

Malını birine vedîa olarak veren kişi, "hanımına vermemek şartıyla" diye bir şart koşsa ve o mal hanıma vermeden korunamayacak cinsten olursa, bu şart lağv sayılır ve buna itibar edilmez. Çünkü akdin gereğine uymamakta ve örfteki uygulamaya ters düşmektedir.[2]

Hukukî muameleler, fâsit şartla kayıtlanması durumunda sahih olup olmaması yönünden iki şekilde değerlendirilir:

a- Bazı sözleşmeler, koşulan fâsit bir şartla geçerliliğini kaybeder. Bunlar bey', icâre, kısmet, müzâraa, müsâkat, vakıf, akde

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 372.
2 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 113-114.

icazet, borçtan ibrâ, bir mal karşılığında maldan ikrar, inkâr ve sükût ile sulh gibi sözleşmelerdir. Meselâ, bir kimse; "şu arabamı bir ay kullanmam şartıyla sana sattım" dese ve diğeri de kabul etse, satış işlemi geçerli olmaz. Aynı şekilde, iki ortaktan biri diğerine bir şey hibe etmek şartıyla ortak olan mallarını paylaşmış olsalar, bu taksim sahih olmaz.

b- Fâsit şartla geçerliliğini kaybetmeyen muameleler ise şunlardır: Vekâlet, karz, hibe, sadaka, rehin, vasiyet, ikâle ve ticarete izinli kişinin hacr edilmesi. Meselâ bir kimse başkasına "bendeki alacağından beni ibrâ etmek şartıyla seni filan hususa vekil ettim" dese ve o da kabul etse, vekâlet sahih olup şart geçersiz sayılır.[3]

Bu konudaki temel felsefe şudur: Doğrudan bir mal değişimini ifade eden sözleşmelerde fâsit şartlar, taraflardan birine haksız menfaat sağlamaktadır. Oysa karşılıklı bedel gerektirmeyen sözleşmelerin özünde iyilik amacı yatmaktadır. Dolayısıyla ikinci kısımda belirtilen bu vasıftaki akitler, muhalif olan fâsit şartlarla geçerliliğini kaybetmemektedir.

Medeni Kanunun 2. maddesine göre, bütün borçlar hüsnüniyet kâidesiyle sınırlandırılmıştır. Bu kâide, bir kimsenin yüklendiği ve zamanla kendisine, akitten beklediği istifade ile mütenasip olmayan yükümlülükler getiren ağır şartlara uymaya zorlanamamasını gerektirir. Devletler hukukunda uygulanan bu kâideyi İsviçre Federal Mahkemesi artık yerleşik sayılabilecek içtihatlarıyla hususi hukuk sahasında da tatbik ederek, sözleşme şartlarının önceden tahmin edilemeyen sebepler dolayısıyla, bir tarafın ekonomik faaliyetini felce uğratacak derecede değişmesi halinde onu akit şartlarını yerine getirmekle yükümlü tutmamaktadır.[4]

Kâidenin, yükümlülüklerin her halükârda yerine getirilmesi yerine "mümkün olduğu ölçüde yerine getirilmesi" unsurunu hukuk alanına sokması, asırlar sonra çağdaş hukuk uygulamalarımızda yeniden hatırlanmalıdır.[5]

---

3 Bilmen, ***Kâmus***, I, 283.
4 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 572.
5 İlhan, ***Mecelle***, s. 73.

الْمَوَاعِيدُ بِصُوَرِ التَّعْلِيقِ تَكُونُ لَازِمَةً

84- VA'DLER SUVER-İ TA'LİKI İKTİSÂ İLE LÂZIM OLUR[1]

Meselâ, sen bu malı filan adama sat, eğer akçesini vermez ise ben veririm dese ve malı alan akçeyi vermese bu va'di eden kimsenin akçeyi vermesi lâzım gelir.

"Vaat", bir kimsenin bir şeyi gelecek zamanda yapacağına dair söz vermesidir. Kâidedeki *"iktisâ"* sözcüğü elbise giymek ve giyinmek anlamındadır. Vaat için böyle bir mâna mümkün olmadığı için bir mecaz söz konusudur. Yani vaatler şahıslara, ta'lik şekilleri de elbiseye benzetilmiş ya da iktisâ sözcüğü irtibat ve ittisal anlamı için istiare kılınmıştır. Bu durumda mâna şöyle olur: Şartın meydana gelmesiyle o şarta bağlanan vaadin de yerine getirilmesi zorunlu hale gelir.[2]

Vaat, biri mücerret diğeri muallak olmak üzere iki kısımdır. Mücerret vaatleri yerine getirme zorunluluğu yoktur. Meselâ bir kimse, "filan kimsenin borcunu ben öderim" demek suretiyle borca kefil olmuş sayılmaz. Ancak muallak olan vaatte, ta'lik olunan şart gerçekleşirse vaat bağlayıcı olur. Çünkü böyle bir vaat, kâide için verilen misâlde görüldüğü gibi kefâlet hükmündedir. Ancak bu kişi, hemen sorumlu tutulamaz; alacaklı, o kişiden talep ettiği halde alacağını alamazsa, vaat sahibinin sorumluluğu o zaman başlar.[3]

Bu kâide, bugünkü hukukumuzda "banka teminat mektubu" olarak BK. 110. maddesinde düzenlenmiş "başkasının fiilini teahhütt"e (garanti sözleşmesine)uygun düşmektedir.

Borçlar Kanunu, bir iş veya bir şey karşılığında ilân yoluyla bedel vadeden kişiyi, vaadini yerine getirmeye mecbur tutmuş (m. 8), ayrıca yazılı bağışlama taahhütlerini bağlayıcı olarak kabul etmiştir (m. 238).

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 159.
2 Ali Ulvi, ***Telhîs***, s. 114-115.
3 Atıf Bey, ***Mecelle***, s. 93-94.

اَلْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ

85- BİR ŞEYİN NEF'İ ZAMÂNI MUKÂBELESİNDEDİR[1]

Yani bir şey telef olduğu takdirde hasârı kime ait ise anın zamânında demek olup ol kimsenin bu veçhile zamânı ol şey ile intifâa mukâbil olur.

Meselâ, hıyâr-ı ayb ile reddolunan bir hayvanı müşteri kullanmış olmasından dolayı bâyi' ücret alamaz. Zira kable'r-red telef olaydı hasârı müşteriye ait olacaktı.

Bir şeyden faydalanmak, onu tazmin sorumluluğunu da beraberinde getirir.

İslâm hukuku, kazanç sisteminde böyle bir dengenin göz önünde tutulmasına büyük önem atfetmiştir. Böyle önemli bir esası ifade eden bu kâide, aynı lafızlarla ifade edilen bir hadis-i şeriften alınmıştır.[2]

Harâc, insanın malından elde ettiği menfaattir. Hayvanın sütü, kira bedeli, evde oturmak gibi malın zâtından çıkan yani, ondan kaynaklanan, elde edilen faydalar "harâc" olarak isimlendirilmiştir.

Telef olan malın zararını yüklenmek, o şeyden yararlanmanın tabiî bir sonucudur. Meselâ, müşteri aldığı malı bir kusuru sebebiyle satıcıya iade etmiş olsa, bu süre içinde o malı kullanması sebebiyle bir ücret ödemesi gerekmez. Çünkü iade etmeden o mal elinde telef olsaydı, zararı müşteri karşılayacaktı.

Kiralanan bir hayvan, normal şartlarda kullanılırken telef olsa, kira ücreti ödenir, ancak tazmin gerekmez. Oysa hayvanın ölümü kiralayan kişinin bir kusuru sebebiyle meydana gelmiş olsaydı, sadece hayvanı tazmin etmesi gerekirdi.[3]

---

1 Suyûtî, ***Câmiu's-Sağîr,*** II, 10.
2 Ebû Davud, ***Buyu'*** 71; Tirmizî, ***Buyu'*** 53; Nesâî, ***Buyu'*** 15.
3 Atif Bey, ***Mecelle,*** s. 94.

الأَجْرُ وَالضَّمَانُ لاَ يَجْتَمِعَانِ

86- ÜCRET İLE ZAMÂN MÜCTEMİ' OLMAZ[1]

Tek bir sebepten dolayı bir konuda, hem ücret hem de tazmin bir arada bulunamaz. Meselâ bir kimse bir şahsın arabasını gasp edip kötü bir şekilde kullanır ve arabanın değeri düşerse, o şahsa arabanın değer farkını tazmin etmek zorundadır. Ona ayrıca bir kullanma ücreti vermesi gerekmez. Çünkü tazmin bir tecavüz sebebiyle gerekir. Oysa menfaatler tazmine konu edilmez. Sebebi ise, menfaatin araz yani, elle tutulur, kalıcı ve saklanabilir özelliklerinin bulunmayışıdır. Onun kira akdinde mal sayılması, ihtiyaç ve zaruretten dolayı kıyasa aykırı olarak gerçekleşmiştir. Diğer taraftan, kiracıyı zâmin kabul ederek icâre akdinin sürdürülmesi mümkün olmaz. Çünkü kiracıyı, aynı anda kiracı olarak emin, gâsıp olarak zâmin görmek mümkün değildir. Dolayısıyla bir konuda hem ücret hem de tazmin gerekmez.[2]

Menfaat sözleşmelerinde, şart koşulan ya da teamül olan hususların dışına çıkılması tazmin sebebidir. Meselâ, buğday taşımanın teamül olduğu şeyle demir taşınması gibi amacı dışındaki kullanımlar ile, sözleşme tazmin vasfını kazanır. Bunu üzerine telef olan mal için ücret yerine tazmin sorumluluğu öne geçer.

Şayet sebep ya da konu farklı olursa, o takdirde hem ücret hem tazmin birlikte bulunabilir. Meselâ, bir kimse belirli bir yere gitmek için kiraladığı araba ile o belirli yere gitmesinden dolayı kira ücretini öder, daha sonra belirlenen yerin daha uzağına giderek arabanın zarar görmesine sebep olduğu takdirde zararı da tazmin eder.[3] Çünkü bu kişi, arabayla belirlenen yere varıncaya kadar icâre kurallarına uygun davranmış, maksadının gerçekleşmesi ile de kendisine kira ücreti borç olmuştur. Kira için belirle-

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 366.
2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 431.
3 Bilmen, ***Kâmus,*** I, 285.

nen mesafenin dışına çıkılması ayrı bir eylem ve ayrı bir sebeptir. Dolayısıyla, bu davranışı sebebiyle araba zarar gördüğü takdirde bu zararı ayrıca tazmin etmesi gerekir. Oysa, önceki durumda tazmin sebebi, kira akdinin gereği olan maldan faydalanma sırasında meydana gelmiş olmaktadır.

Sebep ya da konunun farklı olduğu durumlarda ücret ile tazminin bir arada olabilmesi, günümüz hukukunda da "sözleşmeye aykırı hareket halinde" söz konusudur.

Ücret ve tazminin birlikte bulunamamasının başka şekillerde tezâhür eden örnekleri de vardır. Bunlardan bazıları şunlardır:

a- Toprak mahsullerinden alınan öşür ve harac aynı anda bir kimseden alınamaz. Zira biri müslümandan, diğeri müslüman olmayandan alınır.

b- Kısas ile diyet birlikte uygulanamaz. Bir kişi üzerinde bu iki hükümden ancak biri icrâ edilebilir.

c- Kâtillik ile mirasçı olma hakkı birlikte bulunamaz. Mirasçısını öldüren kişi ona vâris olamaz.

d- Mirasçı olma vasfı ile vasiyet aynı anda gerçekleşmez. Yani, kişi kendi mirasçısına vasiyette bulunamaz.

e- Lian ile had bir arada olamaz. Yani, karısına zina isnadında bulunan bir kişi, onunla lânetleşerek ayrıldıktan sonra, ayrıca iftira ettiğinden dolayı cezalandırılamaz.

f- Nikâh akdinin bulunduğu yerde annenin çocuğuna süt emzirme ücretinden söz edilemez. Her ne kadar, anne hukuken çocuğunu emzirmek zorunda olmasa da, emzirdiği takdirde ücret alabilme hakkına sahip olamaz. Nikâh buna engeldir. Yani, nikâhla emzirme ücreti birlikte bulunamaz.[4]

---

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 434.

اَلْغُرْمُ بِالْغُنْمِ

87- MAZARRAT MENFAAT MUKÂBELESİNDEDİR[1]

Yani, bir şeyin menfaatine nâil olan anın mazarratına mütehammil olur.

Bir şeyin zararının karşılanması, ondan elde edilen menfaat sebebiyledir. Diğer bir deyişle, külfet nimete göredir. Bu kâide, 85. maddenin aksi yönden ifade edilmesidir.

Bir alacak için düzenlenecek senedin masrafları alacaklıya aittir. Çünkü o senedin borcu tahsil etme konusundaki faydası alacaklıya aittir. Nitekim günümüzde bir malın satışı sonrasına tapu tescil masrafları veya noter giderleri alıcı tarafından ödenmektedir. Zira tapunun veya noter tasdikli belgenin, mülkiyetin resmen müşteriye geçtiğini göstermesi, dolayısıyla o malda başkalarının hak iddia edememesi bakımından sağlayacağı faydalar müşteriye aittir.

Şirkete ait bir malın tamir edilmesi söz konusu olduğu zaman, şirkete ortak olanlar tamir masrafına şirketteki hisseleri oranında katılırlar. Çünkü şirketten elde ettikleri gelirlerden yararlanmaları aynı orandadır. Zarara da aynı nispette katılmaları tabiîdir. Ortak kullanılan su kanalının temizlenme emek ve masraflar da, ondan yararlananlar tarafından karşılanır.

Şehir meydanında veya anayol ortasında fâili meçhul bir cinayet işlendiğinde, devlet onun mirasçılarına diyet ödemekle yükümlüdür. Çünkü devlet, öldürülen ve fakat velisi bulunmayan kişinin diyetini hazine adına tahsil etmektedir. Dolayısıyla devletin böyle durumlarda elde ettiği menfaat, benzer durumlardaki zararı karşılamasının gerekçesi sayılmıştır.[2]

Mecelle'nin asırlar öncesinden getirdiği "zarar yarar karşılığıdır" ilkesi, artık günümüz hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır.[3]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 369.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 188-189.
3 İlhan, ***Mecelle***, s. 76.

الْغُنْمُ بِالْغُرْمِ

88- KÜLFET NİMETE NİMET KÜLFETE GÖREDİR[1]

Bu kâide, 85 ve 87. maddelerin muhtevasının bir cümle ile ifade edilmesinden ibarettir. Dolayısıyla söz konusu kâideler için yapılan açıklamalar bu kâide için de geçerlidir.

Medenî Kanunun 694. maddesi böyle bir prensip gereği düzenlenmiştir. Buna göre; "kendi tutum ve davranışları veya malın kullanılmasını bıraktığı ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tutum ve davranışları ile diğer hissedarların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlâl eden hissedar, bu yüzden onlar için müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmişse mahkeme kararıyla hissedarlıktan çıkarılabilir..." Görüldüğü gibi kişinin, şirketin sağladığı imkânlardan yararlandığı halde, yükümlülüklerini yerine getirmemesi ortaklıktan çıkarılmasına yol açmaktadır.

Diğer taraftan Borçlar Kanunu'nun âriyetle ilgili 301. maddesinde de söz konusu kâidenin gereği olan hususa dikkat çekilmektedir. Adı geçen kanun maddesinde; "âriyet alan, âriyet şeyin âdî masraflarını ve hususiyle âriyet hayvanın yiyecek masraflarını tahammül eder" denmektedir.

Bilindiği üzere âriyet, malın menfaatinin bedelsiz olarak başka birine temlik etmektir. Bu bakımdan malı ödünç alan kişi ondan bir yarar elde etmektedir. Bu yararın karşılığında da, o mal için hayati önem taşıyan bakım masraflarını da karşılamak durumundadır. Aksi takdirde zararına sebebiyet verdiği malı tazmin sorumluluğuyla karşı karşıya kalmış olur.

Bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden fayda sağlayan kimsenin, çalıştırılan adamın işini gördüğü sırada sebebiyet verdiği zararlardan da sorumlu tutulması, yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur. (27.03.1957, T. İç. Bi. Ka. 2. bent).

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 369.

الآمِرُ لاَيَضْمَنُ بِالأَمْرِ

89- BİR FİİLİN HÜKMÜ FÂİLİNE MUZAF KILINIR VE MÜCBİR OLMADIKÇA ÂMİRİNE MUZAF KILIN-MAZ[1]

Bir fiili yapanın bizzat kendisi sorumlu olur. Ona bu fiili yapmasını emreden kişi, zorlayıcı olmadıkça yapılan fiilden dolayı sorumlu tutulamaz.

İslâm hukukunda sorumluluk şahsîdir. Yapılan fiil, hukukî ehliyeti olan kişiyi bağlar. Onu başkasının isteğiyle yapmış olması bu hükmü değiştirmez. Meselâ, bir kimsenin; "filanın malını itlâf et" şeklindeki emrini yerine getiren kişi o malı tazminle sorumlu olur. Emreden kişiye bir şey gerekmez. Çünkü başkasının mülkünde tasarrufta bulunmayı emretmek bâtıl olup, emredenin bu emri yok hükmündedir.

Şayet emreden kişi mücbir yani, o işi zorla yaptırmışsa, zâhire bakılmayıp fiil âmire isnad edilir. Bu durumda fâil, cansız bir alet gibi değerlendirilerek sorumlu tutulmaz. Bu bakımdan bir kişi küçük bir çocuğa; "şu ağaca çık, salla da dökülen meyveleri toplayıp yiyeyim" dese ve çocuk ağaca çıktıktan sonra düşerek ölse, bu kişi sorumlu olur. Çünkü çocuktan böyle bir şey istemek onu icbar anlamına gelir.

Bir kimse diğer bir şahsa, başkasının duvarını yıkıp bir kapı açmasını emretse; tazmin, emreden kişiye değil, duvarı yıkan kişiye ait olur. Fakat emreden kişi o şahsı kiralayıp; "bu işi benim için yap" diye emretmişse, yıkan şahıs tazmin ettiği parayı âmirden alır. Bu şekilde olmayan, mücerret bir emirle yıkmışsa tazmin için ona rücû edemez.[2]

---

1 Hâdimî, ***Menâfi'***, s. 309.
2 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 119.

Bu kâide, emreden kişinin vekâlet yoluyla kendi yararına emrettiklerini kapsamaz. Böyle bir durumda kendisine emredilen kişi onun vekili konumunda olur. Yani, borcunun ödenmesini, evinin giderlerinin karşılamasını isteyen kimsenin emrini vekil olarak yerine getiren kişi, bunları âmir adına yapmış olur. Dolayısıyla müvekkilinden yaptığı harcamaları geri alma hakkı vardır.

Hukukî ehliyeti tam olan biri, ehliyeti eksik olan bir çocuğa veya deliye başkasının malını itlaf ettirse, itlaf fiilini yapanlar malı tazmin ederler. Daha sonra bunların velisi, emreden kişiye tazmin bedelini ödetme hakkına sahiptir. Çünkü büyük bir insanın emri çocuk için ikrah hükmündedir. Ancak, emreden kişi çocuk olursa, onun emri itibara alınmaz. Bu emri yerine getiren kişi kendisi sorumlu olur.

Emrin yerine getirilmesi bazen aldanma yoluyla da olabilir. Bir kimse, duvarın başkasına ait olduğunu bilmeyen bir kişiye; "benim için şu duvarı, (ya da duvarımı) yık" dese, o da onun duvarı zannıyla yıksa tazmin eder, ancak emreden kişiden parasını geri alır. Eğer başkasının olduğunu bilerek yıkmış olsaydı, tazmin için âmire rücû edemezdi.[3]

Borçlar Kanunu'nda ikrahla ilgili hükümler 29-31. maddelerle düzenlenmiştir. Ancak suça azmettiren kişi ile ilgili hükümler, Türk Ceza Kanunu'nun "cürüm ve kabahate iştirak" başlığı altındaki 64-67. maddelerde ele alınmıştır. 64. maddenin ikinci fıkrasına göre, suça azmettiren kişinin, onu yapan kimse gibi cezalandırılacağı, fakat suçu asıl işleyenin özel bir amacı varsa, azmettiren kişinin cezasının hafifletileceği ifade edilmiştir. Diğer taraftan, adı geçen kanunun 311 ve 312. maddelerinde, bir suçun işlenmesinin açıkça tahrik edilmesi ceza sebebi sayılmıştır.

---

3 Mustafa Zerkâ, ***Medhal***, II, 1043-1044.

إِذَا اجْتَمَعَ الْمُبَاشِرُ وَالْمُتَسَبِّبُ يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَى الْمُبَاشِرِ

90- MÜBÂŞİR YANİ BİZZAT FÂİL İLE MÜTESEBBİP MÜCTEMİ' OLDUKTA HÜKM OL FÂİLE MUZAF KILINIR[1]

Meselâ, birinin tarîk-ı âmde kazmış olduğu kuyuya diğeri, birinin hayvanını ilkâ ile itlâf etse, o zâmin olup kuyuyu hafr eden kimseye zaman lâzım gelmez.

Bir şeyin meydana gelmesinde, o şeyi bizzat yapanla ona sebep olan birlikte bulundukları takdirde hüküm, sebep olana değil onu bizzat yapana isnad edilir. Ancak buradaki sebep, tek başına bulunduğu zaman bir telef meydana gelmesine yol açmayacak özellikte olmalıdır. Verilen misâli dikkate alırsak, ana yolun ortasında kazılan kuyu, hayvanın telef olmasında tek başına etkili olamaz. Meydana gelen telef, bir kişinin o hayvanı bizzat o kuyuya atmasıyla gerçekleşmiştir. Dolayısıyla kuyuyu kazmakla telefe sebep olan kişi ile, hayvanı kuyuya atan mübaşir yani, bizzat fâil hayvanın telefi konusunda birlikte bulunmuştur. Ancak kuyunun bulunmaması halinde hayvanı oraya atmak söz konusu olamaz idi ise de, kuyuya atma işlemi başka bir vasıf olduğundan hüküm fâile isnad edilmiştir. Yani, iki vasıflı bir illetle sâbit olan her hüküm, en son mevcut olan vasfa izâfe edilir.

Söz konusu hayvan o kuyuya kendiliğinden düşüp telef olsa, o kuyunun açılmasına resmî yetkililerce izin verilmemişse, onu kazan kişinin hayvanı tazmin etmesi gerekir. Çünkü hiçbir şekilde koruyucu tedbiri alınmayan böyle bir kuyu, bu durumda kendini koruma yeteneği olmayan hayvanın telef olmasına doğrudan sebep sayılır.

Bir kimse, tarlasını sulamak için umuma ait nehirden bir bent açıp, tarlasını sulayarak bendi önceki haliyle düzeltip ayrıldıktan sonra, nehrin suları yükselip başkasının arazisine zarar verse, bendi yapan kişi sorumlu olmaz. Şayet suyu başka biri o bentten akıtmışsa, tazmin ona gerekir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh***, s. 81.

Bir hırsıza ya da yol kesen eşkıyaya yol gösterip yardım eden kişi bu kâideye göre sorumlu olmaz. Sorumluluk, bu fiilleri bizzat işleyen kişilere aittir. Evin kapısını açık koymak, arabanın kontak anahtarını üzerinde bırakmak suretiyle evin soyulmasına ve arabanın çalınmasına sebep olan kişiler de tazminle yükümlü olmazlar.

Vedîayı korumakla görevli kişinin vedîanın çalınmasına yol göstermesi ve mahkeme kararları bu kâideden istisnâ edilmiştir. Zira bu durumdaki emanetçi, koruma kusuru işlemiştir. Mahkeme kararında asıl fâil hâkim olmasına rağmen, hükmün verilmesine sebep olan şâhitlerdir. Hâkim de o şâhitlerin şahâdetiyle hükmetmek zorundadır. Dolayısıyla yanlış karardan doğan tazminatı şâhitler öder.[2]

"(...) İki olay arasında sebep ve sonuç bağının hukuki bakımdan bulunup bulunmadığını belli etmekte uygulanacak ölçüyü bulmak için bir çok nazariyeler ileri sürülmüştür. Türk ceza hukukunda bunların hangilerinin benimsenmiş olduğu ayrı bir konudur. Borçlar hukukumuzda ise 'uygun sebep ve sonuç nazariyesi' benimsenmiştir. Bu nazariye uyarınca konulan ölçü şudur: Olayların hayat tecrübelerinden öğrenilen olağan akışına göre bir olaydan sonra diğer bir olay meydana gelmekte ise, ikinci olay birincisinin sonucu, ilk olay ise ikincisinin sebebi sayılır. Sebep sayılan olayla sonuç sayılan olay arasında başka olayların geçmiş olması yahut ancak sebep sayılan olayla başka bir olayın birleşmesi halinde sonuç sayılan olayın meydana gelmesi, söz konusu iki olay arasında sebep ve sonuç bağının adı geçen nazariyeye göre kabul edilmesine engel olmaz." (HGK 24.06.1964 T. 508/481 S)[3]

Bu kâidede anlatılanları hukukî sorumluluk, daha doğrusu tazmin açısından değerlendirmek gerekmektedir. Yoksa Türk Ceza Kanunu'nun 64 vd. maddelerinde ifade edildiği gibi, suça ve kabahate iştirak edenlerin cezalandırılması hukuk devleti için kaçınılmaz bir görevdir.

---

2 Ali Haydar, ***Durer,*** I,191-192.

3 İlhan, ***Mecelle, s.*** 78.

اَلْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ يُنَافِي الضَّمَانَ

91- CEVAZ-I ŞER'Î ZAMÂNA MÜNÂFÎDİR[1]

Meselâ, bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa zaman lâzım gelmez.

Hukuka uygunluk tazminatı önler. Yani, bir şey hukuken meşrû olursa, o şey sebebiyle kasıtsız olarak meydana gelen zararların tazmini gerekmez. Misâlde belirtildiği gibi, kişinin kendine ait mülkte kuyu kazabilmesi hukuken meşrû bir haktır. Bu kuyuyu başka birinin hayvanı için tuzak olarak da açmamıştır. Bu şartlarda oraya düşüp ölen hayvanın tazmini gerekmez.

Kişi emanetçiden, koruması için verdiği malı evin belli odasında muhafazasını istese, emanetçi buna uymak zorunda değildir. Söz konusu emaneti, güvenlik açısından eşit durumda olan evinin odalarından istediğinde koruyabilir. Kasıtsız bir zarar anında tazmin etmesi gerekmez.

Açlıktan ölmemek için başkasının malının alınması, yangının yayılmaması için bazı binaların yıkılması hukuken meşru olduğu halde sonradan bunların tazmin edilmesi bu maddenin istisnalarındandır.[2]

Modern hukukta da kanun dışı yapılan her fiil bir kusurdur ve tazminatı gerektirir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, bir kimsenin kanun ve hüsnüniyet kâidesi ile izinli olmadığı bir fiilinden başka birinin hayatı veya malı zarar görmüşse bunun tazmini gerekir. Bu şartla kişi hürdür ve dilediğini yapmakta serbesttir. Hukuk çerçevesinde kalan fiillerinde, bir kusur olmaması sebebiyle medeni hukuk bakımından sorumluluk gerekmez.[3]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 368.
2 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 449, 450, 452.
3 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 593.

الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ

92- MÜBÂŞİR MÜTEAMMİD OLMASA DA ZÂMİN OLUR[4]

Bir işi bizzat yapan kişi, o konuda bir kasdı bulunmasa da tazminle sorumlu olur. Çünkü mübaşeret, yani bir işi bizzat yapmış olmak müstakil bir illet ve telef sebebidir. Tesebbüb, yani sebeb olmak ise müstakil bir illet ve telef sebebi olmadığı için, onun tazmin illeti olabilmesi kasda bağlanmıştır. Öte yandan, hukukta zâhire bakıldığı için bir fiilin öncelikle onu yapan kişiye isnad edilmesi esastır. Kasıt subjektif bir unsurdur ve gerçek kastın ne olduğunu tespit etmek her zaman mümkün olmayabilir. Kaldı ki, kasıt olmadan verilen zararların karşılanmaması hukukî anlayışa aykırıdır.

Bir kimse başkasına ait malı kasıtlı ya da kasıtsız olarak itlâf ettiğinde tazmin eder. Meselâ, bir kimse bir alış veriş yerinde ayağı kayarak düşse ve oradaki bir kısım eşyaya zarar verse onları tazmin etmesi gerekir. Demirci, atölyesinde çalışırken, sıçrayan bir kıvılcımla yoldan geçen kimsenin elbisesi yansa, elbiseyi tazmin eder. Yine bir kimse, kendi mülkünde odun parçalarken kopan bir parçanın başkasının malına zarar vermesi ve evinde yaptığı bir işin komşuya zararının dokunması hallerinde, meydana gelen zararları tazmin etmek zorundadır.

Günümüzde sıvı, katı ve gaz olarak çevreye yayılan sanayi atıklarının yol açtığı zararları da bu kâide çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Çünkü bu tür atıkların verdikleri zararlar, verilen örneklere nispetle daha geniş kapsamlı ve kalıcı olabilmektedir. Nitekim sorumluluğunun bilincinde olan bir kısım ülke vatandaşları, bu sebeple açtıkları dâvalarda yüklü miktarlarda tazminatı hak etmektedirler. Hatalı ilaç üreterek insan sağlığına zarar veren

---

4 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.

firmalar için açılan dâvalarda da hâkimler aynı anlayışla hareket etmektedirler.

Meslek erbabının, mesleğini icra ederken sebep olduğu zararlar, uygulamada görülen ihmaller üzerine Hz. Ali zamanında tazmin kapsamına alınmıştır. Bu husus günümüzde, özellikle doktor hataları sebebiyle uğranılan zararlar için örnek kabul edilmelidir.

Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde gerek kasten gerekse ihmal ve tedbirsizlikle haksız olarak başkasına zarar veren şahıs, o zararın tazminine mecburdur. Aynı kanunun 58. maddesine göre, bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâliki, o şeyin kötü yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı sorumlu olur.

Medeni Kanunun 730. maddesine göre, bir mâlikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı zarara uğrayan veya uğrama tehlikesinde bulunan kimse eski hâlin iadesini veya tehlikenin izâlesi için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilir ve uğradığı zarar ve ziyanı ayrıca tazmin ettirebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, başkalarının mal ve can güvenliğini tehlikeye düşürebilecek bir durum meydana getiren kimseyi, bu tehlikeyi önleyecek tedbirler almamış ise kusurlu ve dolayısıyla sorumlu saymaktadır.[5]

---

5 Belgesay, ***"Mecellenin Külli Kâideleri"***, s. 593.

الْمُتَسَبِّبُ لاَ يَضْمَنُ إلاَّ بالتَّعَمُّد

93- MÜTESEBBİB MÜTEAMMİD OLMADIKÇA ZÂMİN OLMAZ[1]

Bir zarara sebebiyet veren kişi, o zarara sebep olan fiili kasten ve haksız olarak işlemedikçe tazminle yükümlü olmaz. Çünkü o sebep, müstakil olarak bir malın telefine illet değildir. Meselâ, bir avcının, avına tüfekle ateş etmesi sebebiyle ürken bir hayvan kaçarken düşüp ölse ya da bir tarafı sakatlansa, bir kasıt olmaması sebebiyle avcıya tazmin gerekmez. Ancak bu fiili kasıtlı olarak yaptığı anlaşılırsa, zarar kedisine ödettirilir.

Mütesebbibin tazminle sorumlu olması için, fiilin haksız olması icap eder. Meselâ, bir nehirden tarlasını sulama hakkı bulunan bir kişi arazisini, usûlüne uygun bir şekilde sularken su taşarak komşunun arazisine zarar verse tazmin etmez. Ancak mutad olmayan bir şekilde ve tedbirsizce sulama sırasında böyle bir taşma olur ve zarar meydana gelirse, mütesebbibin zararı tazmin etmesi gerekir.

İki kişiden birinin, kapısı kapalı ahırdaki bağlı bir hayvanın bağını çözmesi, diğerinin kapıyı açması şeklinde iki müsebbib bir arada bulunursa, tazmin kapıyı açan kişiye ait olur.[2] Çünkü asıl müsebbib kapıyı açandır. Zira bağı çözülmesine rağmen kapı kapalı kalsaydı, hayvanın kaçması önlenmiş olabilirdi.

Karayollarında yapılan yol çalışmaları sırasında uyarıcı levhâların konulması gerekir. Bu işaretlerin konmasına rağmen bu çalışmalar sebebiyle bir kaza meydana gelmiş olsa, resmî kurum ya da yetkililer tazminle sorumlu olmazlar. Ancak uyarı işaretlerinin konmadığı yol çalışmalarının sebep olduğu kazaların zararlarının tazmini gerekir.

Borçlar Kanunu'nda sorun "illiyet bağı" ile çözülür. Bu bağlantı tespit edilirse aynen fiili yapan gibi fiilin meydana gelmesinde etkili olan da sadece kastından değil ihmalden de sorumludur.

---

1 Hadimî, ***el-Mecâmi'***, s. 371.
2 Ali Haydar, ***Durer***, I, 196.

جِنَايَةُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ

94- HAYVANLARIN KENDİLİĞİNDEN OLARAK CİNAYET VE MAZARRATI HEDERDİR[1]

Hayvanların kendi başlarına işledikleri suçlar, verdikleri zararlar tazminatı gerektirmez.

Bu kâide, Hz. Peygamber'in aynı ifadelerinden oluşan bir hadisinden alınmıştır.[2]

*"Heder"*den maksat, zararın hükümsüz olması ve tazmin gerektirmemesidir. Yani, sahibinin bir kastı ve kusuru olmaksızın bir hayvanın meydana getirdiği zararın o hayvanın sahibi tarafından tazmin edilmesi gerekmez. Meselâ, bir kimse hayvanını diğer kimsenin mülküne onun izniyle soksa ve hayvan orada zarara sebep olsa tazmin gerekmez.

Bir kimsenin kedisi diğer kimsenin kuşunu itlâf etse o kimseye zamân lâzım gelmeyeceği gibi, merada otlarken yanına gelen kimseyi süsmek veya tepmek suretiyle öldüren hayvanın sahibi de diyetle yükümlü olmaz.

Ancak bu konuda hayvan sahibinin bir kast ve kusuru bulunmamalıdır. Başkasının mülküne izinsiz sokulan, insanların yaşadığı yerlere başıboş bırakılan hayvanların ve başıboş bırakılan kuduz köpeğin zararı, bir kasıt ve kusur bulunduğu için hayvan sahiplerine tazmin ettirilir.[3]

Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine göre; bir hayvanın yol açtığı zararı, o hayvan kimin idaresinde ise, o kimse durumun gerektirdiği bütün dikkat ve itinayı gösterdiğini veya alacağı bütün tedbirlere rağmen bu zararın meydana gelmesine engel olamayacağını ispat etmedikçe tazmin etmeye mecburdur. Diğer bir ifadeyle kusuru yoksa tazmin yükümlülüğü de yoktur.

---

1 2 no'lu dipnottaki kaynaklar.

2 Buhârî, ***Zekât*** 66; Muslim, ***Hudûd*** 45, 46; Ebû Dâvud, ***Diyât*** 27; Tirmizî, ***Zekât*** 16, ***Ahkâm*** 37; Nesâî, ***Zekât*** 28; İbn Mâce, ***Diyât*** 27.

3 Ali Haydar, ***Durer,*** I,197.

الأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بَاطِلٌ

95- GAYRIN MÜLKÜNDE TASARRUFLA EMRETMEK BÂTILDIR[1]

Başkasının mülkünde tasarruf etmeyi emretmek hukuka aykırıdır.

Bir kişinin, başkasının sahip olduğu mal veya menfaatte, vekâlet ya da velâyet yetkisi bulunmaksızın tasarrufta bulunması geçerli olmadığı gibi, o mal veya menfaate tasarruf etmesi konusunda başkasına verdiği emirler de bâtıldır. Geçerli olmayan emirler ise müspet ya da menfi bir telkinden ibarettir ve bu tür emir, sahiplerine hukukî sorumluluk getirmez. Meselâ bir kimse diğer bir şahsa, başkasına ait malı denize atmasını veya telef etmesini emretse ve o da bu malın başkasına ait olduğunu bile bile bu emri yerine getirse, tazmin sorumluluğunu emri yerine getiren kişi yüklenmiş olur. Mal sahibinin, emreden kişi hakkında; "benim malımı sen telef ettirdin" diye açtığı tazminat dâvasına bakılmaz.

Bu hükümlerin geçerli olabilmesi için emreden kişinin mücbir yani, zorlayıcı olmaması gerekir. Aksi takdirde, 89. maddede açıklandığı üzere, sorumluluk onu zorlayan kişiye ait olur.

Vekâlet ya da velâyet yoluyla başkasının mülkünde tasarruf yetkisi olanların o mülkte tasarruf konusunda emretme hakları vardır. Küçük çocuğun velî veya vasîsi ve başkası tarafından vekâletle görevlendirilen kişi, böyle bir hakka sahiptir.[2]

Ölen bir kişinin vasîsi olduğunu söyleyen kimse, terekenin kâr zarar ortaklı bir şirkette işletilmesini emretse ve bu emir yerine getirildiğinde mal zâyi olsa, sonradan da bu kişinin vasîliği kesinleşmese, malı işleten kişi tazmin eder. Çünkü vasîlik gerçekleşmediğinden verilen emir de meşru olmamıştır.[3]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 367.
2 Atıf Bey, ***Mecelle***, s. 102-103.
3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid***, s. 460.

لاَيَجُوزُ لأحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بِلاَ إِذْنِه

96- BİR KİMSENİN MÜLKÜNDE ANIN İZNİ OLMAKSIZIN ÂHAR BİR KİMSENİN TASARRUF ETMESİ CÂİZ DEĞİLDİR[1]

Başkasına ait olan mülkün dokunulmazlığı vardır. Onda sahibinden izinsiz olarak tasarrufta bulunmak suretiyle bu dokunulmazlığın çiğnenmesi câiz değildir. Dolayısıyla ortak bir malın, ortaklardan biri tarafından izinsiz olarak kullanılması ve komşuya ait duvardan izinsiz yararlanılması câiz değildir.

Tasarruf konusundaki izin ise, sarih veya delâlet yoluyla olur. Bir kimsenin, evini satması için başkasını vekil tayin etmesi sarih bir izindir. Çobanın ölmek üzere olan bir koyunu kesmesi ise delâleten izindir. Çünkü böyle durumlarda çoban, mal sahibi tarafından zımnen izinli sayılır.[2]

Diğer taraftan, bazı zarurî haller bu kâidenin hükmü dışındadır. Yangının yayılmasını engellemek için başkasının evinin yıkılması hükmen var sayılan resmî bir izin sebebiyledir. Nafakaya muhtaç olan bir adam, zengin olan oğlunun malından izinsiz olarak bir miktar alıp geçimini sağlasa tazmin etmesi gerekmez. Keza, hastanın babası ya da oğlu, onun malından izinsiz alarak gereği kadar ona harcasa hüküm yine aynıdır. Yolculardan biri bayıldığında arkadaşları, onun malından lüzumu kadar alıp ona harcamaya izinli sayılırlar. Yolculardan birinin vefat etmesi halinde, arkadaşları onun malını satarak teçhiz, tekfin ve defin işlerine harcayarak, kalanını mirasçılarına verirler.[3]

Tasarruf, fiilî ve kavlî olmak üzere iki şekilde olur:

a- Fiilî tasarruf, daha önce mevcut olan bir izin sebebiyle yapılmışsa bu geçerlidir. Zira önceden verilen izin, vekil tayin etmek

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370-371.
2 Zeydan, ***Medhal***, s. 67.
3 Ahmed Ziya, ***Kavâid***, s. 125.

anlamındadır. Ancak böyle bir izin söz konusu değilse yapılan işlem gasp olur. Bunun gereği de, varsa malın kendisinin, yoksa bedelinin ödenmesidir. Ancak el konan mal aynen mevcut olur ve mal sahibi yapılan işlemi sonradan onaylarsa, gasp edilen mal o şahsın elinde emanet vasfını kazanır. Fakat mal telef olmuşsa, onun mutlaka tazmin edilmesi gerekir. Çünkü sonradan verilen icazetin telef olan malda etkisi yoktur.

b- Başkasının malında sözlü tasarruf, fuzûlînin yani, alım satım konusunda hiçbir yetkisi bulunmayan yabancı birinin yaptığı satış, hibe ve icâre gibi şeylerdir. Bu tür bir işlemde malın teslimi gerçekleşmişse, o kişi yani, fuzûlî gâsıp olur ve akdin geçerliliği mal sahibinin icazetine bağlıdır. Mal sahibi icâzet verir ve mal da aynen mevcut bulunursa yapılan işlem geçerli olur. Şayet mal teslim edilmemişse, işlem yine mal sahibinin onayına bağlıdır.

Bir kimse başkasının malında tasarrufta bulunduktan sonra, bunu izinli olarak yaptığını iddia eder ve mal sahibi de bunu inkâr ederse, söz mal sahibine ait olur. Ancak koca karısının hayatta iken malını kullanır ve ölümünden sonra mirasçıları arasında anlaşmazlık çıkar, koca da malı karısının izniyle kullandığını iddia etse, diğer mirasçılar inkâr etse de söz kocanın olur.[4]

Başkasının malında izinsiz tasarruf konusuna, Türk Medenî Kanunu'nda da yer verilmiş, konu ile ilgili hükmün detayları, adı geçen kanunun 722-725. maddelerinde ele alınmıştır.

---

4 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 461-462.

لاَ يَجُوزُ لأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ أَحَدٍ بِلاَ سَبَبٍ شَرْعِيٍّ

97- BİLÂ SEBEB-İ MEŞRU BİRİNİN MÂLİNİ BİR KİMSENİN AHZ EYLEMESİ CÂİZ OLMAZ[1]

Hukukî bir dayanağı olmaksızın, ister ciddi, ister şaka, isterse hata ile olsun başkasının malını almak câiz değildir. Aldığı takdirde kişinin o malı, hemen geri vermesi ya da tazmin etmesi gerekir. Unutma ve hata, kul hakları konusunda geçerli mazeret değildir.

Kâideye göre gasp, hırsızlık ve rüşvet gibi yasal olmayan uygulamalar mal edinmeye engeldir. Bununla birlikte hukukun yanıltılmasıyla elde edilen haklar da helâl değildir. Meselâ, yalan ve haksız yere açılan bir dâvadan vazgeçme (dâvadan sulh olmak) karşılığı alınan mal hukukî olabilir. Ancak, bu mal hâkim kararıyla alınmış olsa da, onu mülk edinilmesi dinen helâl olmaz ve iade edilmesi gerekir. Çünkü böyle bir durumda verilen bu mal, yalan ve haksız bir dâvanın zulüm ve zararlarından korunmak için verilmiş olması sebebiyle rüşvet hükmündedir. Bu ise, özellikle alan açısından câiz görülemez. Nitekim Hz. Peygamber, konu ile ilgili olarak şöyle buyurmuştur: "*Gerçek şu ki ben bir insanım. Sizden bazısı getirdiği delil ile diğerlerinden daha ikna edici olabilir. Bu sebeple ben, kimin lehine diğer kardeşinin hakkından bir parçayı hükmedersem, şüphesiz o ateşten bir parçadır. Onu ister alsın ister bıraksın.*"[2]

Hukukî sebep kuvvetli ya da zayıf olur.

Mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan alınabilecek olan haklar, kuvvetli bir hukukî sebebe dayanan haklardır. Satılan malın ücreti, borçlar, gasp edilen şeyin bedeli, zimmette borç olarak

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 370.

2 Buhârî, ***Şehadât*** 27, ***Hıyel*** 10, ***Ahkâm*** 20; Muslim, ***Akdıye*** 4; Ebû Davud, ***Akdıye*** 7; Tirmizî, ***Ahkâm*** 11; Nesâî, ***Kudât*** 13, 33; İbn Mâce, ***Ahkâm*** 5.

sâbit olan icâre bedeli, kefil olunan şeyin bedeli, miras malı, nafaka ve bunlara benzer şeyler bu tür haklardandır.

Sahibinin rızası ya da mahkeme kararı olmadan alınamayan haklar ise, hukukî sebebi zayıf olan haklardır. Hibe edilen şahıstan hibe edilen malın geri alınması, hanım, çocuklar ve ana baba dışındaki akrabalara ait nafakalar, çocuklara vakfedilen vakıf malının gelirlerinden oğullarla birlikte kızların da pay alması, satılan bir taşınmaz maldaki şuf'a hakkı ve ayıplı malın sahibine iade edilip ücretinin geri alınması gibi haklar bu tür hakların örneklerindendir. Böyle hakların alınmasının meşru olabilmesi için, karşı tarafın rızası veya mahkeme kararının bulunması gerekmektedir.[3]

Türk Ceza Kanunu'nun 491. maddesi; bir kimsenin, başkasının taşınabilir malını, onun rızası olmaksızın faydalanmak üzere bulunduğu yerden alma davranışı için altı aydan üç seneye kadar hapis cezası öngörürken; müteakip maddelerde, hırsızlık, yağma, yol kesme, dolandırıcılık, hileli iflâs ve emniyeti suiistimal gibi hukuken meşru olmayan kazanç yollarına başvurmanın değişik süreli hapisle cezalandırılacağı belirtilmiştir. 513. madde ve peşinden gelen maddelerde ise, başkalarının taşınmaz mallarına yapılan benzer tecavüzlere dair hükümlere yer verilmiştir.

Bütün bu düzenlemeler de gösteriyor ki, hukukî dayanağı olmayan mal edinmelerin meşru olmaması evrensel bir hukuk prensibidir.

Bu kâide, bir bakıma "eski hukukun zayıf mülkiyet anlayışı"na ilişkin bir hayli yaygın düşüncelerin yanlışlığını ortaya koymuş olmaktadır.[4]

---

3 Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâid,*** s. 465-466.

4 İlhan, ***Mecelle,*** s. 83.

تَبَدُّلُ سَبَبِ الْمِلْكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ

98- BİR ŞEYDE SEBEB-İ TEMELLÜKÜN TEBEDDÜLÜ OL ŞEYİN TEBEDDÜLÜ MAKAMINA KÂİMDİR[1]

Bir şeyin kendisi değişmediği halde, mülk edinme sebebi değiştiği takdirde o şeyin kendisi değişmiş kabul edilir. Bunun hukuki sonucu, önceki durumların, talep ve iddiaların artık söz konusu olmamasıdır. Eski hukuki durum, yerini hukuki duruma bırakmıştır.

Mülk edinme; sözleşme vb. şeylerle malın el değiştirmesi, miras yolu ve avlanma gibi mubah bir mala el koyma olmak üzere üç şekilde gerçekleşir. İşte bir mal, bu üç mülk edinme tarzından biriyle değişime uğradığı zaman, kendisi değişmiş hükmünde olur. Meselâ, hibede, bir engel bulunmadığı sürece dönmek câizdir. Dönmeye mâni olan hallerden biri de, hibe edilen malda meydana gelen değişikliktir. Hibe edilen kişi bu malı başkasına satıp teslim ettikten sonra, hibe eden kişi hibesinden dönemez. Çünkü hibeye konu olan malın satılması ile, temellük sebebi değişmiş olduğundan malın kendisi de değişmiş sayılır.[2]

Bir kimse satın aldığı malı, başkasına sattıktan sonra ondan geri aldığında, malın ilk aldığı kişiden kendisine kusurlu intikal ettiğini fark etse, söz konusu malı ona bu kusur sebebiyle iade edemez.[3] Çünkü malın üzerinden geçen sözleşme temellük sebebini değiştirmiştir.

Bir kişi taşınmaz malını satsa ve bu malda şuf'a hakkı olan kişi bu hakkından vazgeçse, fakat daha sonra taraflar ikâle ile yani, karşılıklı anlaşma ile sözleşmeyi bozsalar o kişinin şuf'a hakkı geri gelir ve malı böyle bir hakla satın alabilir. Çünkü ikâle, üçüncü kişiler hakkında yeni bir sözleşme demektir. Buradaki üçüncü kişi de şuf'a hakkı olan kimsedir.[4]

---

1 Hâdimî, ***el-Mecâmi'***, s. 367.
2 Atıf Bey, ***Mecelle***, s. 104-105.
3 İbn Abidin, ***Reddu'l-Muhtâr***, V, 6.
4 İbn Abidin, ***a.g.e.***, VI, 239.

مَنِ اسْتَعْجَلَ الشَّيْءَ قَبْلَ أَوَانِهِ عُوقِبَ بِحِرْمَانِهِ

99- KİM Kİ BİR ŞEYİ VAKTİNDEN EVVEL İSTİ'CAL EYLER İSE MAHRUMİYETLE MUÂTEB OLUR[1]

Bir kimse, elde edilmesi için genel ve standart bir sebebin vaz' edildiği bir menfaate kavuşmak için, onun vaktini beklemez ve acele davranırsa, o menfaatten mahrum edilerek cezalandırılır. Meselâ, kişinin miras malından yararlanabilmesi için, miras bırakacak kimsenin ölmesi genel ve standart bir kuraldır. Dolayısıyla, miras malını vaktinden önce elde etmek amacıyla mûrisini öldüren kişi, alacağı mirasın tamamından mahrum edilerek cezalandırılmış olur.

Kendisine vasiyet yapılan kişi, vasiyet edilen bu mala bir an önce kavuşmak için, vasiyet eden kişiyi öldürse, aynı şekilde vasiyetten mahrum bırakılır. Çünkü vasiyeti elde etmek için konmuş olan genel kural da, mûsînin ölmüş olmasıdır.

Bir kimse ölüm hastalığında iken, mirastan mahrum etmek amacıyla hanımını boşasa ve bu kişi, kadın iddetini doldurmadan ölse kadına mirastan payı verilir.

Kendisine borcu olan birisini öldüren kişi, bu kâidenin hükmünden istisna edilmiştir. Böyle bir durumda vadeli olan alacak peşine dönüşmüş olur.[2]

Bu kâide bir hayat felsefesidir. Gerekli tedbirlerin alınmadığı ve aceleyle yapılan işler sonuçsuz kalır. Meselâ, donanımı güçlü bir ordu, bu gücüne güvenmek suretiyle zafer için gerekli olan tedbir ve planları göz ardı ederek alelacele düşmana saldırdığı takdirde bozguna uğrayabilir. Hayatta gerekli çabayı göstermeden, kısa yoldan çabucak başarılı olmak isteyen insanların hevesleri hüsranla sonuçlanır. Bu kâide sabırlı ve basiretli davranmayanların, üstünkörü değerlendirmelerle acele karar vererek işlem ve eylem yapanların hukukun koruması altında olmadığını bildirmektedir.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 80.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** I, 204.

مَنْ سَعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعْيُهُ مَرْدُودٌ عَلَيْهِ

100- HER KİM Kİ KENDİ TARAFINDAN TAMAM OLAN ŞEYİ NAKZ ETMEYE SA'Y EDERSE SA'Yİ MERDUTTUR[1]

Bir kimse kendi kabulü ya da işlemiyle tamamlanan bir şeyi sonradan bozmaya kalkarsa, bu davranışına itibar edilmez.

Bir şeyi ikrar edip sonradan hata ettiği gerekçesiyle ikrarından dönmek isteyen kişinin sözü dinlenmez. Bir malı, mirasçılarla birlikte paylaştıktan sonra o malın kendi malı olduğunu iddia eden kişinin dâvasına bakılmaz. Bir malı sattıktan ya da aldıktan sonra kendisinin fuzûlî olduğunu iddia eden kişinin sözüne itibar edilmez. Taşınmaz malın satıldığından haberdar olup şuf'a hakkını kullanmayacağını belirten kişi, daha sonra haberinin olmadığı gerekçesiyle şuf'a hakkını kullanmak istediğinde, kendisine bu hak tanınmaz. Satışına kefil olduğu malın, daha sonra kendine ait olduğunu söyleyen kişinin sözü kabul edilmez. Bu misalleri çoğaltmak mümkündür.

Görüldüğü gibi, bütün bu işlemler ilk planda olayın fâilleri tarafından hukukî olarak tamamlanmış olup, sonradan aynı fâiller tarafından bu işlemlerin bozulması yönünde bir çaba içinde olunmuştur. Ancak kâide gereği, bu kişilerin bozma çabaları hükümsüz kılınmıştır.

Kamunun ve bazı ehliyeti eksik olanların hakkını koruma adına bazı işlemler bu kâideden istisna edilmiştir. Velî, vasî veya vakıf mütevellisi olan bir kişi, bir malı sattıktan sonra fâhiş bir şekilde aldatıldığını iddia etse, dâvası dinlenir ve ispatlandığı takdirde sözleşme bozulur.[2]

Bu kâidenin günümüz hukukundaki karşılığı, hakkın kötüye kullanılması yağsını getiren Medeni Kanunun 2. maddesidir ki, bunun özel bir çeşidi de "çelişkili davranış yasağı"dır.

---

1 İbn Nuceym, ***el-Eşbâh,*** s. 124.
2 Ali Haydar, ***Durer,*** 205-206.

SON SÖZ

Dikkatle incelendiğinde görüleceği gibi küllî kâideler, İslâm hukukunun genel felsefesini yansıtmaktadır. İfadelerinin sağlamlığı, anlayışının tutarlılığı ve kapsamının genişliği, hukuk mantığının oluşması açısından bu kâideleri vazgeçilmez kılmaktadır.

Açıklamaya çalıştığımız Mecelle'nin küllî kâidelerinde açıkça göze çarpan olumsuzluk; sıralamadaki uyumsuzluk ve bazı kâidelerin diğerlerinin tekrarı niteliğinde oluşudur. Bu sebeple, birbirlerine yakın ve benzer anlamdaki kâidelerin yan yana getirilerek yapılan farklı sıralamalar ve bazılarının asıl, diğerlerinin fer' olduğu yönündeki değerlendirmeler haklılık kazanmıştır. Bununla birlikte, böyle bir medenî kanun denemesinin ilk olması, metnin yazımı sırasındaki bazı tartışmalar ve zaman darlığı, kanun tekniği ile ilgili bu tür hatalara karşı insaflı olmamızı gerektirmektedir.

Kâidelerin sayısının 99 ile sınırlı tutulması ve asıl niteliğindeki önemli bazı kâidelerin alınmaması da bir eksiklik sayılabilir. Ancak, Mecelle'yi hazırlayan komisyonun amacının, salt küllî kâideleri yazmak olmaması, sadece hazırlanan medenî kanuna felsefî bir alt yapı oluşturma amacı gütmüş olması dikkate alındığında, bu eksikliğin de anlayışla karşılanması gerekir.

Kaleme alındığı dönemde bir kanun metni olarak devrim niteliğini taşıyan Mecelle'nin Küllî Kâideleri'ne, günümüz modern hukuk eğitiminde ve dâva aşamalarında da sıkça başvurulmaktadır. Yani bu kâideler canlılıklarını halâ sürdürmektedir. Dolayısıyla bu konuya gereken önemi vermek, hukuk ilmine katkı sağlayacaktır.

KİTAPTA GEÇEN BAZI TÂBİR VE TERİMLER

ÂMİL : Etken, sebep, faktör.

ÂMM : Bütün cüzlerini kapsayan lafız. Tek bir mâna ifade etmek üzere konmuş bulunan belli bir miktarla sınırlı olmaksızın bu anlamı taşıyan bütün fertleri kapsayan lafız.

ARIZÎ : Sonradan ortaya çıkan şey ile ilgili olan.

ÂRİYET : Ödünç mal; bir bedel karşılığı olmadan kendisinden yararlanması için başkasına emanet olarak verilen mal.

ASABE : Ölen kişinin baba tarafından yakını. İslâm miras hukukunda, alacakları miras payları belirlenmiş olan (ashâb-ı ferâiz) kişilerle birlikte bulunduklarında kalan mirası, tek başına olduklarında mirasın tamamını alan kişiler.

ASLÎ : Temel, birinci derecede önemli olan.

AYN : Kitap, ev, at, ev eşyası, belli bir miktar para ya da buğday gibi dışarıda mevcut, belli ve somut olan şeydir.

AYNÎ HAK : Maddî varlığı olan bir ayn üzerinde sahibi lehinde sâbit olan haktır. Mülkiyet hakkı gibi.

BÂLİĞ : Ulaşan, eren, varan; ergenlik çağına ulaşmış erkek kişi.

BASİRET : Gerçeği, eşyanın hakikatini görebilme yeteneği. Göze nisbetle görme ne ise, kalbe nisbetle basiret de odur.

BÂYİ' : Satıcı, bir malı başkasına satan kimse.

BEDÎHÎ : Varlığı için delile gerek bulunmayacak derecede açık olan.

BELÂGAT : Güzel konuşmak; sözün açık, düzgün, yan-lışsız bir şekilde ve harflerine özen gösterilerek söylenmesi yanında, konuşulduğu andaki durumun gereğine uygun olması.

BERÂET-İ ZİMMET: Zimmetin temiz ve borçsuz olması.

BEY' : Satış, malın malla değiştirilmesi.

BEY Bİ'L VEFÂ: Bir malı, parasını geri verdiğinde kendisine iade etmesi şartıyla bir kimseye satmaktır.

CÜZ'Î : Bir bütünün parçasıyla ilgili olan, genel olmayan, tikel.

DEYN : Borç alma, satın alma, kefil olma gibi bir yolla zimmette sâbit olan şey.

DÜSTUR : Temel kural, anayasa.

EHİL OLMAK : Bir konuda bilgili, yeterli, becerikli ve layık olmak.

FÂSİT : Aslen sahih olup vasfen sahih olmayan, yani aslında meşru iken meşru olmayan bir şeyle birlikte bulunması sebebiyle meşruiyetten çıkan şey. Bilinmeyen bir şeyi satmak gibi.

FER'Î : Tâlî, aslî olmayan, ikincil.

FESH : Bozma, hükümsüz kılma, bir sözleşmeyi ortadan kaldırma.

FUZÛLÎ : Hukukî bir yetkisi bulunmadığı halde başkasının malında izinsiz olarak tasarrufta bulunan kimse.

GASP : Başkasının malını elinden haksız olarak zorla alma. Bu işi yapan kişiye gâsıb denir.

ĞURRE : Düşürülen bir ceninden dolayı verilmesi gereken mâlî tazminat.

HACR : Kısıtlamak; belli bir şahsın sözlü tasarruflarını hükümsüz ve geçersiz saymak.

HAD : Bizzat kanun koyucu (Şâri') tarafından belirlenmiş miktarı belli cezalar.

HÂSS : Başkasını kapsamayacak şekilde belli bir mânayı ifade etmek için konulmuş olan lafız.

HEDER : Değersiz. Filancanın kanı hederdir demek, öldürene kısas ya da diyet gibi her hangi bir şey gerekmez demektir.

HIDÂNE : Kendi işlerini göremeyecek çağdaki çocuğa, yetkili olan kimsenin muayyen süresi içinde bakması ve onu terbiye etmesi hak ve görevi.

HİLÂF : Aksi, zıddı.

HİLE-İ ŞER'İYYE: Hukukî çare.

HUSÛMET : Düşmanlık; mahkemede dâvacı ile dâvalının hukukî vasıfları.

HÜCCET : Kesin olsun olmasın mutlak anlamda delil.

HÜCCET-İ KÂSIRA: Etkisini sadece ilgili şahısta gösteren, başkasının hakkına sirayet etmeyen delil.

HÜSNÜNİYET: İyi niyet, her konuda güzel ve doğru olanı yapmayı ve zarar vermemeyi amaçlamak.

ISKAT : Düşürmek, düşürülmek; mülkiyet veya başka bir hakkı düşüren irade beyanı.

ITLAK : Bir ibarenin veya sözün kayıt ve şarta bağlı olmayarak delâlet ettiği mânaya hamledilmesi.

IVAZ : Bedel, karşılık.

IZTIRAR : Zaruret hali. Kişinin, hayatî tehlike karşısında yapmaması gereken şeyi yapmak zorunda kalma durumu.

İBKÂ : Bir şeyi eski hali üzere bırakmak.

İBRÂ : Aklama; bir kimsenin bir dâvada hukukî sorumluluğunun bulunmadığını açıklama, onun hakkında hak talebinde bulunmaktan vazgeçme.

İBRÂZ : Ortaya koyma, gösterme.

İCÂRE : Bir şeyi kiraya vermek; cins ve miktar bakımından belirli olan bir menfaati belli bir bedel karşılığında satmak.

İCBÂR : Zorlamak.

İDDET : Bir kadının kocasından boşandıktan sonra belli bir süre başkasıyla evlenemeyip beklemek zorunda olması.

İHDAS : Sonradan meydana getirmek.

İHKÂK-I HAK : Bir hakkı hukukî yollardan elde etmek yerine re'sen zorla almaya kalkmak.

İKÂLE : Bir sözleşmeyi tarafların kendi rızaları ile bozmaları.

İKÂME : Bir kimsenin başkasının yahut bir şeyin başka bir şeyin yerini alması.

İKRAH : Tehdit, zor kullanma.

İKRAH-I GAYR-I MÜLCİ' : Öldürme ya da organ kesme tehdidi olmaksızın gam ve elem verecek derecede dövme hapsetme gibi şeyler ile yapılan ikrah.

İKRAH-I MÜLCİ' : Öldürme ya da organ kesme tehdidi altında yapılan ikrah.

İKRAR : Bir kimsenin kendisiyle ilgili olup, başkasına ait bulunan bir hakkı haber vermesi.

İSNAD : Dayandırma, yükleme, bir şeyi başka bir şeye nisbet etme.

İSPAT : Bir şeyi ortaya koyma; hâkim huzurunda iddianın doğru olduğuna dair delil gösterme.

İSTİ'MÂL: : Kullanmak, görevlendirmek.

İSTISHÂB : Geçmişte var olan bir şeyin, aksini ortaya koyan bir delil olmadıkça, şu anda da var olduğuna hükmetmek.

İTLÂF : Bir malı yok etme ya da bir hayvanı öldürme.

İTTİSÂL : Bitişme.

İZÂFE : Nisbet etmek; birinin varlığı diğerinin varlığını gerektiren iki şey arasındaki ilişki.

İZÂLE : Giderme, ortadan kaldırma.

KABZ : El koyma. Müşterinin satın aldığı şeyi satıcıdan fiilen teslim alması.

KADÂ (KAZÂ) : Yargı, hüküm ve hâkimlik.

KARÎNE : Bir şeyin varlığına delâlet eden belirti, işaret, ip ucu.

KARZ-I HASEN : Faizsiz olarak verilen borç.

KIDEM : Eskilik.

KISAS : Suçluya işlediği suçun dengi bir cezayı uygulama; kâtilin, öldürdüğü kişinin canına karşılık olarak öldürülmesi, insan organını yaralayan ya da kesen kişinin aynı organının yaralanarak ya da kesilerek cezalandırılması.

KÜLLÎ : Bütüne ait, genel.

LAĞV : Söylenip söylenmemesi itibara alınmayan söz.

LÂHİK : Namaza imam ile başladığı halde, kendisine gelen uyku, gaflet, sıkışma ya da abdest bozulması gibi bir durum sebebiyle namazın tamamını veya bir kısmını imam ile kılamayan kimse.

LİAN : Lânetleşmek. Kocanın karısına zina isnadında bulunması ve bunu kanıtlayamaması sonucunda karı kocanın hâkim huzurunda kendilerine lânet ve gazap okumaları.

MAHCUR : Kısıtlı, sözlü tasarrufları geçersiz kabul edilen kişi.

MASLAHAT : Yarar, çıkar.

MATBUÂT : Kitap, gazete ve dergi gibi yazılı basın-yayın.

MAZARRAT : Zarar, ziyan.

MAZBATA : Tutanak.

MECELLE : 1869-1876 yılları arasında Ahmed Cevdet Paşa başkanlığında bir heyet tarafından bölüm bölüm hazırlanarak kabul edilen İslâm dünyasının ilk ve en önemli medenî kanunu. Bir mukaddime ile 16 bölümden oluşmuştur ve 1851 madde içerir.

MEDLÛL : Delilin ortaya koyduğu şey, sonuç.

MEFKUD : Yeri, sağ ya da ölü olduğu bilinmeyen kimse, kayıp.

MEFSUH : Feshedilmiş, geçersiz hale getirilmiş, ortadan kaldırılmış.

MELEKE : Zamanla kazanılan ve insanda kalıcı bir özellik halini alan vasıf, özellik. Yazma, yüzme melekesi gibi.

MEŞRÛ : Hukuka uygun olan, yasal.

MEVRİD-İ NASS : Nassın bulunduğu yer, hakkında nass bulunan konu.

MUDÂRİB : Mudârebe akdine sermayeyi çalıştırmak suretiyle emeği ile katılan ortak.

MUDÂREBE : Emek sermaye ortaklığı. Bir taraftan sermaye, diğer taraftan da emek olmak üzere yapılan bir tür ortaklık sözleşmesi. Elde edilecek kâr aralarında belirlenecek orana göre paylaşılır.

MUHAYYERLİK : Seçim hakkı olan bulunan bir kimsenin, karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın sözleşmeyi feshedebilme yetkisi, birden fazla şey arasından birini seçme hakkı.

MUHKEM : Müfesserden daha daha kuvvetli olan sözdür. Kaldırılma ya da değiştirilme ihtimali yoktur. *"Cihat kiyamete kadar devam edecektir"* sözü gibi.

MUKARRUN LEH: Kendi lehine bir hak itiraf edilen kimse.

MUKAYYED : Kendi aslını oluşturmayan bir sıfatla kayıtlı bulunan ve böylece kapsamı sınırlandırılan şey.

MUKTEDÎ : Namazda imama uyan kimse.

MUKTEZÎ : Gerektiren, gerekli kılan şey.

MUTAD : Normal, alışılagelmiş olan.

MÛRİS : Miras bırakan kişi.

MÛSÎ : Bir malı veya bir menfaati vefatından sonra olmak üzere bir şahsa veya bir hayır yerine bedelsiz olarak verilmesini isteyen, vasiyet eden kişi.

MUTEBER : Geçerli, sağlam, güvenilir.

MUTLAK : Kesinkes, kayıtsız şartsız. Manası genel olup herhangi bir kayıtla kapsamı sınırlandırılmamış, cüzleri belirlenmemiş sözcüktür.

MÜBAH : Allah katında yapılıp yapılmaması eşit olan fiil.

MÜBÂŞERET : Bir şeyi doğrudan, vasıtasız, bizzat yapmak.

MÜCBİR : İcbar edici, zorlayıcı.

MÜELLEFE-İ KULÛB: Aslında müslüman olmadıkları halde kalpleri İslâm'a ısındırılmak yahut İslâm'a yönelik düşmanlıkları azaltmak gibi ya da yeni İslâm'a girmiş olup henüz imanı iyice yerleşmemiş kimselerin imanını pekiştirmek gibi amaçlarla kendilerine zekat verilen kimseler.

MÜEYYİDE : Yaptırım; hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak ve zorlamak için yasalara konan hükümler.

MÜFESSER : Tefsir edilmiş, yorumlanmış. Usûl ilminde nass olarak adlandırılan sözcükten daha açık bir sözdür. Mesela, "*seni affettim*" ifadesi nass, "*Senin bana olan borcunu affettim*" ifadesi ise müfesserdir.

MÜFLİS : İflâs eden; borçları mal varlığından fazla olan kimse.

MÜMTENİ' : İmkânsız olan.

MÜNÂFÎ : Aykırı, zıt.

MÜRTEHİN : Hak sahibi sıfatıyla rehin alan kimse.

MÜSÂKÂT : Bahçe-emek ortaklığı. Ağaçlar bir taraftan, bakım ve sulama işi de diğer taraftan olmak üzere yapılan anlaşma. Elde edilecek ürün, aralarında anlaştıkları orana göre paylaşılır.

MÜSEBBİB : Sebep olan, yol açan.

MÜTEMMİM : Tamamlayıcı.

MÜTEŞEBBİS : Girişimci.

MÜTEVELLİ : Vakfın işlerini ve çıkarlarını şer'î hükümler ve vakfiye şartları çerçevesinde idare etmek ve gözetmek için tayin olunan kimse.

MÜTLİF : Hayvanı öldüren kişi.

MÜZÂRAA : Arazi bir taraftan, emek de diğer taraftan olmak üzere yapılan ziraat ortaklığı. Çıkacak ürün, aralarında belirlenen oran dahilinde paylaşılır.

NASS : Vahiy ile sâbit olan ifade, Kur'an âyetlerine ve hadislere verilen ortak ad; kanun metni.

NAZARİYYE : Teori, kuram; sistemli bir şekilde düzenlenmiş ve geliştirilmiş olan ve olayları açıklayan, sorunları çözüm getiren ve bir bilim dalına temel olan düşünceler bütünü.

NİSÂB : Zekât gibi bazı yükümlülüklerin farz olması, hırsızlık gibi bazı suçların cezaya konu olabilmesi için asgari sınır olarak Şâri' tarafından konan mâlî miktar.

RAIYYE : Devletin uyruğunda ve idaresi altında bulunan ve vergi veren halk.

RÜCÛ : Caymak, geri dönmek, vazgeçmek.

SÂKIT : Düşen, hükümsüz olan.

SEFİH : Malını boş yere harcayıp, israf ve savurganlıkla malvarlığını tüketen kimse.

SELEM : Para peşin mal veresiye olmak üzere yapılan sözleşme.

SEMERE : Bir malın kendisinden meydana gelen meyve, ürün, fayda ve verim.

SEM'Î : İşitme yoluyla gelen, nass ile sâbit olan.

ŞÂRİ' : Allah, kanun koyucu.

ŞÂRİH : Yorumlayarak açıklama yapan kişi.

ŞEK : Şüphe, doğru olup olmadığı tam %50 oranında olan bilgi.

ŞÜF'Â HAKKI: Önalım hakkı. Satılan bir taşınmazı veya taşınmaz hükmündeki bir malı müşteriye kaça mal

olmuş ise, o miktarı ödeyerek müşterinin veya satıcının elinden zorla almaktır. Şuf'a hakkına sahip olmak için, kişinin satılan mala ortak ya da bitişik komşu olması gerekir.

ŞÜMUL : Kapsam

ŞÜYÛ'LU HİSSE: Ortaklardan her birinin, aralarındaki ortak malın her bir cüz'üne yayılmış olan hakları.

TAABBUDÎ : Gerekçesi akılla kavranamayan hüküm. Mestin altı yerine üstüne mesh yapılması gibi. Bu tür hükümler için ancak genel hikmetlerden söz edilebilir. Hükmün konmasına sebep olan illet (dayanak, temel gerekçe) akılla izah edilemez.

TARAFEYN : Sözleşmeye taraf olan kimseler.

TA'ZİR : Hakkında belli bir ceza, bir şer'î had bulunmayan suçlar için konan ceza.

TAZMİN : Verilen bir zarar ve ziyanı ödemek.

TEÂMÜL: : Bir şeyin çokça kullanılması, bir uygulamanın genel ve süreklilik halini alması.

TEBERRU : Bağış, bir şeyi bedelsiz başkasına temlik etme.

TECHİZ-TEKFİN : Ölüyü kefenlemek ve defnetmek işlemleri.

TEDVÎN : Bir ilim ve sanata ait konuları bir araya toplayıp kitap haline getirme.

TEMELLÜK : Mülk edinme.

TEMLİK : Mülkiyeti bir başkasına devretme.

TENÂKUZ : Çelişki, sözlerin birbirine uymaması; iki delilden her birinin diğerini ortadan kaldırıcı şekilde çelişki arz etmesi.

TERİKE : Bir ölünün kendisine ait olmak üzere bırakmış olduğu mal.

TESEBBÜB : Bir şeyin ya da bir şahsın, başka bir şeyin meydana gelmesine sebep olması.

TEVÂTÜR : Yalan üzerinde anlaşmaları mümkün olamayacak derecede kalabalık bir topluluğun, yine kendileri gibi bir topluluktan verdiği haber.

TEZKİYE : Aklama, temize çıkarma. Bir kimsenin durumunun bilenlerden soruşturulup anlaşılması.

USÛL : "Asl"ın çoğuludur. Asl, maddî veya manevî olan temel, esas dayanak demektir. Ayrıca tercih edilen (râcih), evlâ, delil, küllî kâide anlamlarında da kullanılır.

VÂHİB : Bir şahsa bir malı bağışlayan kişi.

VAZ' ETMEK : Kanun, hüküm, kâide gibi şeyler koymak.

VEDİA : Korunması için bir kimseye emanet olarak bırakılan mal.

VÜCÛB : İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre kesin bağlayıcılık ve farz olmak anlamındadır. Hanefîler bu terimi, kesin olmaksızın gereklilik anlamında kullanmışlardır.

YAKÎN : Kesinlik, %100 kesin bilgi.

ZÂHİRÎ HAL : Görünen durum.

ZAMÂN : Zarar ve ziyanı karşılamak, tazmin etmek.

ZÂMİN : Bir şeyi tazmin eden kimse.

ZIMN : Altındaki anlam, kapalı ifade.

ZİMMET : İnsanda var olduğu kabul edilen manevî bir kap. Kişi bu vasfı sayesinde leh ve aleyhinde olan şeylere ehil olur. Sözgelimi, borç ve alacakları bu manevî kapta yerleşmiş kabul edilir.

ZİYADELİK : Malda meydana gelen artış.

BİBLİYOGRAFYA

Ahmed. Hanbel, ***el-Musned,*** İstanbul 1981.

Ahmed Zerkâ, ***Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye,*** Dımaşk 1996, s. 49.

Ali Haydar, Hoca Eminefendizâde, ***Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm,*** İstanbul 1330.

Ali Ulvi, ***Telhîsu Kavâid-i Külliyye ve'stılâhât-ı Fıkhıyye,*** İstanbul 1317.

Atıf Bey, ***Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliyye'nin İzahı,*** İstanbul 1316.

Baktır, Mustafa, ***İslâm Hukukunda Küllî Kâideler,*** Erzurum 1988 (basılmamış çalışma).

Belgesay, Mustafa Reşit, ***"Mecellenin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukuk",*** İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. XII.

____, ***Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk,*** İstanbul 1963.

Berki, Ali Himmet, ***Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku,*** Ankara 1955.

Bilmen, Ömer Nasuhî, ***Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu,*** İstanbul 1976.

Buhârî, Ebû Abdillah Muhammed b. İsmail, ***el-Câmiu's-Sahîh,*** İstanbul 1981.

Curcânî, Ali b. Ebu'l-Hasen Mmuhammed, ***et-Ta'rîfât,*** Mısır 1938.

Çeker, Orhan, ***Aile Hukuku Kararnamesi,*** İstanbul 1985.

Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman, ***Sunen,*** İstanbul 1981.

Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer, ***Te'sîsu'n-Nazar,*** Mısır 1320.

Ebû Dâvud, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, ***Sunen,*** İstanbul 1981.

Ebû Zehra, Muhammed, ***İslâm Hukuku Metodolojisi,*** trc. Abdukadir Şener, Ankara 1990.

Erdoğan, Mehmet, ***İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi,*** İstanbul 1990.

Gazâli, Hâmid Muhammed b. Muhammed, ***el-Mustasfâ fî İlmi'l-Usûl,*** Kahire 1324.

Güleç, Hasan, ***İslâm Hukukunun Kur'an'daki Genel Prensipleri,*** İzmir 1996.

Hamavî, ***Ğamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu Kitâbi'l-Eşbâh, ve'n-Nezâir,*** Beyrut 1985.

Hacı Reşid Paşa, ***Rûhu'l-Mecelle,*** İstanbul 1326.

Hâdimî, Ebû Said, ***Mecâmiu'l-Hakâik,*** İstanbul 1318.

____, ***Menâfiu'd-Dekâik fî Şerhi Mecâmii'l-Hakâik,*** İstanbul 1308.

el-Hısnî, Takıyyuddin Ebû Bekr Muhammed b. Abdulmü'min, ***Kitâbu'l-Kavâid,*** Riyad 1997.

İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer, ***Reddu'l-Muhtâr,*** İstanbul 1984.

____, ***Neşru'l-Arf fî Binâi Ba'di'l-Ahkâm ala'l-Urf,*** (fî Mecmaati Resâili İbn Abidin), İstanbul 1325.

İbn Mâce, Ebû Abdillah Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, ***Sunen,*** İstanbul 1981.

İbn Manzûr, Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem, ***Lisânu'l-Arap,*** Beyrut 1968.

İbn Melek, Mevlâ Abdullatîf, ***Şerhu'l-Menâr fi'l-Usûl,*** İstanbul, ty.

İbnu'l-Munzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrahim, ***Kitâbu'l-İcma',*** trc: Abdulkadir Şener, Ankara 1983.

İbn Nuceym, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** İstanbul 1298.

İlhan, Cengiz, ***Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi,*** İstanbul 2003, s. XX.

İmre, Zahit, ***Medenî Hukuka Giriş,*** İstanbul 1976.

Karaman, Hayreddin, ***Anahatlarıyla İslâm Hukuku,*** İstanbul 1985.

Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud, ***Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi',*** Beyrut 1982.

Kırkağacî, Süleyman, ***Şerhu Hâtimei Kavâidi'l-Usûl ve'l-Furû',*** yy., ty.

Koçyiğit, Talat, ***Hadis Istılahları,*** Ankara 1980.

Malik b. Enes, ***el-Muvatta',*** İstanbul 1981.

Medkûr, Muhammed Sellâm, ***"Takdim"***: Zencânî Şihabuddîn Mahmud, ***Tahrîcu'l-Füru' ale'l-Usûl,*** Dımaşk 1962.

Merğınânî, Burhanuddin Ali b. Ebî Bekr, ***el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî,*** Beyrut 1995.

Mevsılî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, ***el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr,*** Beyrut 1975.

Miras, Kamil, ***Sahih-i Buhârî Muhtasarı ve Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi,*** Ankara 1984.

Molla Husrev, Muhammed b. Ferânuz b. Ali, ***Dureru'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm,*** İstanbul 1978.

Musa Carullah, ***Kavâid-i Fıkhıyye,*** Kazan ty.

Muslim, Ebu'l-Huseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî, ***el-Câmiu's-Sahîh,*** İstanbul 1988.

Nesâî, Ebû Abdirrahman Ahmed b. Şuayb, ***Sunen,*** İstanbul 1981.

Olgaç, Senâi, ***Kazâi ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İgili Özel Kanunlar,*** Ankara 1969.

Öztürk, Osman, ***Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle,*** İstanbul 1973.

Reisoğlu, Safa, ***Borçlar Hukuku,*** İstanbul 1972.

Senhûrî, Abdurrezzâk, ***Mesâdiru'l-Hakk fi'l-Fıkhı'l-İslâmî,*** Mısır 1967.

Subkî, Tacuddin Abdulvehhâb, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** Beyrut 1991.

Suyutî, Celaluddin Abdurrahman b. Ebî Bekr, ***el-Eşbâh ve'n-Nezâir,*** Beyrut 1983.

_____, ***el-Câmiu's-Sağîr fî Ehâdîsi'l-Beşîri'n-Nezîr,*** Kahire 1321.

Şâkir Hanbelî, ***Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî,*** İstanbul ty.

Şemsaddin Sami, ***Kâmus-ı Turkî,*** İstanbul 1317.

Şener, Mehmet, ***İslâm Hukukunda Örf,*** İzmir ty.,

Tahânevî, Muhammed b. Ali, ***Keşşafu Istılâhati'l-Fünûn,*** İstanbul 1984.

Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa, ***Sunen,*** İstanbul 1981.

Yakub b. Abdulvehhâb Elbâhuseyn, ***el-Kavâidu'l-Fıkhıyye,*** Riyad 1998.

Yaman, Ahmet, ***"Fıkıh Kâideleri ya da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri"***: Ahmed Ziya Efendi, ***İslâm Hukukunun Genel İlkeleri*** (Kavâid-i Külliyye Şerhi) trc. A. Osman Koçkuzu, Konya 1996.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, ***el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm,*** Dımaşk 1964, II, 947.

Zeydan, Abdulkerim, ***el-Medhal li Dirâseti'ş-Şerîati'l-İslâmiyye,*** Beyrut 1995.

_____, ***el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh,*** Bağdat 1967.

Zuhaylî, Vehbe, ***Nazariyyetu'd-Damân ev Ahkâmu'l-Mes'uliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhı'l-İslâmî,*** Dımaşk 1982.

İNDEKS

âdet, 105, 106, 113, 117, 120, 151
adı, 9
âhad haber, 64
Ahmed Cevdet Paşa, 15, 209
Ahmed Zerkâ, 32, 40, 45, 47, 50, 53, 54, 58, 60, 64, 65, 66, 72, 84, 87, 89, 91, 92, 94, 99, 103, 111, 113, 123, 124, 130, 131, 140, 148, 156, 160, 162, 166, 171, 173, 181, 182, 189, 194, 196, 198, 216
Aile Hukuku Karamamesi, 114, 216
Ali Haydar Efendi, 23, 27
Ali Himmet Berki, 24
Allah hakkı, 130
âriyet, 36, 69, 140, 176, 184
asabe, 113, 144
asıl, 11, 23, 34, 37, 45, 46, 47, 49, 53, 73, 83, 84, 88, 96, 104, 120, 125, 126, 127, 129, 134, 135, 147, 161, 167, 174, 186, 188, 192, 203
Aynî hak, 130
Belgesay, 20, 23, 24, 33, 42, 51, 57, 70, 72, 83, 87, 95, 97, 99, 105, 111, 114, 118, 127, 135, 138, 145, 156, 169, 173, 178, 189, 191, 216
berâet-i zimmet, 40, 45, 51, 166
Berâet-i zimmet, 49
Bey' bi'l-vefâ, 35, 69, 70
bey'bi'l-vefa, 98
câiz şart, 177
cenin, 90
cinayet, 16, 19, 34, 183
Dâbıta, 3, 16
dâl, 55
dilsiz, 159
diyet, 32, 66, 113, 126, 135, 145, 148, 163, 182, 183, 206
Ebû Bekr, 15, 16, 26, 59, 65, 76, 217, 218
Ebû Hanife, 54, 76, 92, 106
Ebû Hanîfe, 92, 113, 160
Ebû Musa'l-Eş'arî, 17
Ebû Yusuf, 54, 76, 92, 107, 113, 160
Ebu'd-Derdâ, 65
ecr-i misil, 101
ehliyet, 44
emanet, 32, 40, 83, 129, 134, 156, 196, 204, 214
Emir, 18
Eşbâh, 3, 15, 16, 17, 25, 26, 31, 37, 39, 44, 46, 50, 52, 65, 68, 71, 76, 78, 86, 88, 93, 94, 98, 102, 104, 105, 116, 119, 120, 121, 123, 125, 136, 142, 144, 146, 148, 149, 154, 155, 158, 159, 160, 187, 200, 201, 217, 219
Fâsit şart, 178
fer', 23, 174, 203
feth-i zerâyi', 72
fidye-i necât, 101
fuzulî, 56, 137

fuzûlî, 196, 201
gasb, 80, 91, 95, 96
gâsıp, 157, 181, 196
gasp, 57, 174, 181, 195, 197
ğurre, 126
haciz, 71
hacr, 74, 176
had, 69, 182, 213
halvet-i sahîha, 69
Hamevî, 15, 22, 25
harac, 182
harâc, 180
Havâle, 35
Hayber, 63
Heder, 193
hıdane, 85
Hıdâne, 85, 118
hibe, 47, 56, 84, 129, 131, 137, 140, 148, 159, 176, 178, 196, 198, 199
Hibe, 36, 84, 155, 198, 199
hile-i şer'iyye, 70
hukukî semereler, 125
Husûmet, 147
hüccet-i kâsıra, 169, 170
hüsnüniyet, 33, 178, 189
Hüsnüniyet, 33
Hz. Ali, 72, 191
Hz. Ömer, 17, 61, 65, 113
Hz. Peygamber, 19, 32, 63, 64, 73, 94, 107, 193, 197
ıstıshâb, 49
ıztırar, 100, 101
iadei mahkeme, 161, 173
iâre, 32
İbn Nuceym, 22, 31, 37, 39, 44, 46, 50, 52, 65, 68, 71, 76, 78, 86, 88, 93, 94, 98, 102, 104, 105, 116, 119, 120, 121, 123, 125, 136, 142, 144, 146, 148, 149, 154, 155, 158, 159, 160, 187, 200, 201, 217
ibra, 129, 156, 178
ibrâ, 37, 49, 129, 132, 149, 159, 175, 176
icare, 82, 140, 158, 159
icâre, 36, 69, 98, 133, 139, 176, 177, 181, 196, 197
icma', 53, 59
içtihad, 20, 58, 65
İçtihad, 58
îda', 32
iddet, 59
iftira, 135, 159, 182
ihkak-ı hak, 75
ikâle, 133, 176, 177, 178, 199
ikrah, 69, 78, 100, 186, 207
İkrah, 167
ikrar, 49, 118, 132, 146, 154, 155, 156, 159, 160, 162, 164, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 178, 201
İkrar, 32, 146, 168
iktisâ, 179
illet, 22, 62, 190, 192, 213
İmam Muhammed, 54, 92, 106, 113, 160
imamlık, 92
irtifak, 127, 136
istıshab, 39
istıshâb, 39, 40
istısna', 64
İstısna', 64
istihsan, 99
kabz, 136, 140, 141

Kabz, 140
kadîm, 42, 43
Kadîm, 41
kamu hakları, 66
karz-ı hasen, 76
kazf, 32
kefalet, 175
kefâlet, 35, 149, 158, 175, 176, 179
kefil, 129, 148, 149, 161, 163, 174, 179, 197, 201, 205
kısas, 32, 34, 66, 97, 135, 145, 149, 157, 159, 206
kıyas, 18, 61, 62, 63, 64, 98, 99
kinâye, 52
kul hakları, 66, 170, 197
lağv, 152, 177
Lian, 182
lukata, 75
maraz-ı mevt, 50
maslahat, 98, 99, 112
mazarratı, 19
mecaz, 52, 53, 54, 55, 146, 152, 179
mecrâ, 41
medlûl, 55
mefkud, 40, 117
mefkûd, 39
mehir, 47, 109
mesîl, 41, 50
meşakkat, 68, 71, 80, 98
mevhubun leh, 56
mihir, 135
miras, 47, 59, 84, 91, 96, 110, 168, 173, 174, 197, 199, 200, 204
mubah, 78, 79, 199
mûda', 40
mudârebe, 46, 68, 69
muhayyerlik, 40, 47, 50, 74, 82, 131, 176
muhkem, 58
mukayyed, 150
Musa Carullah, 20, 25, 218, 224
mûsî, 54
Mustafa ez-Zerkâ, 46
Mustafa Zerkâ, 23, 47, 112, 142, 144, 174, 186
mutlak, 73, 76, 102, 106, 113, 116, 130, 146, 150, 151, 155, 206
müdda'î, 19
müellefe-i kulub, 93
müezzinlik, 92
müfesser, 58
müfti-i mâcin, 89
münkir, 19
mürsel hadis, 64
mürur, 42, 136
mürûr, 41
müsâkat, 176, 177
müsâkât, 63, 69
müsebbib, 192
mütlif, 44
müzâraa, 63, 69, 176, 177
nafaka, 47, 197
Nefs-i müdafa, 79
neseb, 169, 174
Nezâir, 3, 15, 16, 17, 25, 26, 31, 217, 219
nikah, 53, 69, 85, 144, 159
Nikah, 182
nükûl, 160
Osmanlı, 11, 15, 22, 114, 218
Ömer ibn Abdilaziz, 113

örf, 99, 105, 106, 107, 108, 109, 113, 115, 116, 119, 120, 121, 151, 177
öşür, 182
özür, 78, 82, 83, 84, 135
Raiyye, 142
rehin, 34, 35, 123, 126, 129, 134, 155, 158, 159, 177, 178, 211
reşit, 82, 144
rücû, 131, 161, 185
rüşvet, 102, 103, 197
sefih, 175
selem, 69, 98
sirkat, 32
suça azmettirme, 104
suistimal, 70, 198
sukût, 174
sulh, 132, 133, 161, 176, 178, 197
sükût, 155, 156, 178
Şek, 18
şirb, 136
şuf'a, 66, 69, 133, 149, 171, 175, 176, 199, 201
Şuf'a, 64, 69, 130, 133, 149, 212
şüf'a, 156, 198
şüyû, 84, 139
ta'lik, 175, 176, 179
Ta'lik, 175
Ta'rîs, 63
ta'zir, 75, 109
tabiî semereler, 125
talak, 32, 66, 159
tazmin, 32, 40, 56, 67, 68, 76, 77, 78, 79, 83, 87, 88, 96, 100, 121, 150, 172, 180, 181, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 214
teamül, 120, 181
teâmül, 158
teberru, 133, 140, 141
teçhiz, 195
tekfin, 195
temyiz, 67, 111
tenâkuz, 172, 173, 176
Tenâkuz, 172, 173
Tesebbüb, 190
Tevatür, 110
tevehhüm, 162
Tevehhüm, 163
teyemmüm, 82
tezkiye, 113
Vaat, 179
vâhib, 56
vakıf, 20, 32, 42, 57, 64, 124, 130, 133, 136, 141, 143, 144, 147, 156, 176, 177, 198, 201
vâris, 170, 182
vasî, 68, 145, 176, 201
vasiyet, 52, 53, 54, 59, 84, 131, 140, 141, 148, 159, 175, 176, 178, 182, 200, 210
vaz'î, 55
vedîa, 40, 95, 124, 177
vehim, 37
vekâlet, 32, 151, 175, 176, 178, 185, 194
vekil, 130, 136, 137, 139, 147, 151, 156, 178, 186, 195
velâyet, 144, 168, 194
Velâyet-i âmme, 144
Velâyet-i hâssa, 144

velî, 51, 68, 143, 144, 145, 194
vücub ehliyeti, 44
yakîn, 18, 37
zamanaşımı, 42
Zamanaşımı, 131
zan, 37, 58, 161
zann-ı gâlib, 37
zarar, 32, 43, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 100, 125, 138, 142, 155, 156, 169, 172, 181, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 206, 213
Zarar, 19, 43, 76, 90, 135, 209, 214
zaruret, 78, 79, 80, 81, 87, 92, 98, 99, 101
Zaruret, 78, 80, 87, 206
Zimmet, 44

Küllî kâidelerin, hukuk felsefesinin kavranmasına ve hukuk mantığının gelişmesine katkıları inkâr edilemez. Sayısız olayların hükümlerini öğrenmek yerine, bunları içine alan ve genel hüküm ifade eden küllî kâideleri bilmek, İslâm hukukunun anlaşılmasında ve olaylar hakkında hızlı hüküm vermede büyük kolaylıklar sağlamaktadır.

Musa Carullah'ın ifade ettiği gibi, küllî kâideler fıkıh ilminin ruhudur, hukuk melekesini geliştirir ve intikal yeteneği kazandırır. Bu şekilde kişinin, yeni çıkan problemlere çözüm bulması kolaylaşır.

Temelde Kur'an ve sünnete dayanan küllî kâideler, asırların süzgecinden geçerek Mecelle'de zirveye ulaşan bir ifade güzelliği kazanmıştır. Her biri vecize niteliğinde olan bu kâidelerin iyi kavranması, hukukla ilgilenenler için büyük önem arz etmektedir.

ISBN 975967837-3
9 789759 678371
KDV Dahil 12.00 TL'dir